


**جامعة مؤتة**

**كُليّة الدِّراسات العُليا**

# التَّنظيمُ القانُونيّ للعُدْول عن التَّعاقُد

**إعداد الطَّالب**

**حمزة علي سليمان العيايدة**

**إشراف**

**الأستاذ الدُّكتور جعفر الفناطسة**

**رِسَالة مُقدَّمة إلى كُليّة الدَّراساتَ العُليا استكمالاً**

**لمُتطلبات الحُصُول على درجة الماجستير**

**في الحُقُوقِ قِسم القانُون الخاص**

**جامعة مؤتة، 2015م**

**الآراء الواردة في الرِّسالةِ الجامعيّة**

**لا تُعبِّر بالضَّرورة عن وجهةِ نَظَرُ جامعة مؤتة**

## الإهداء

إلى:

فخري الغائب وسندي الَّذي أُحِسُّه بالرغم من أُفولِ شمسهِ..إلى مِن ضَمَّ جسده الثَّرى وفي قلوبِنا ضَمَمنا ذكراه..والدي رحمه الله.

مَن كانت تَحتضِنُ الرَّحمةَ بين كَفَّيها..إلى حنيني ووجعي ووجع الغياب..إلى عطرِ ذاكِرتي والقبرِ المسافر في الغمامِ..والدتي رحمها الله.

ريحانتي وقَصِيدةُ عُمْري..إلى ذاكرةِ الأعيادِ..إلى مملكة الياسمين والبنفسج .. إلى من ساندتني في مشواري..زوجتي العزيزة .

وعد غدٍ وبراعم زنبقٍ..إلى قطعٍ مِن كبدي وغُزلان البراءة ..إلى أحبَّائي إبنتي ليلاس وأبنائي عمر وعبدالرَّحمن.

من أعَدْتُ تسمية الشُّهور والايام وغيرت التَّقويم معهم.. وضبطنا ساعات العالم على إيقاع خطوات الصِّبا..أخواني وأخواتي.

من نقصد أن نبكيه في كُلِ يوم..ويعتذرُ البكاءُ..لأنَّ الحدث عظيم ولأنَّ البطل عظيم..إلى الشَّهيد البطل النقيب معاذ الكساسبة.

**حمزة علي سليمان العيايدة**

## الشُّكر والتَّقدير

أشكرُ الله تعالى على جميلِ نعمهِ وتوفيقهِ لي وتحقيقِ لي ما أريدُ في استكمالِ درجةِ الماجستير في القانُونِ، فإلهي لا يطيبُ اللَّيلُ إلَّا بشكرك، ولا يطيبُ النَّهارُ إلَّا بطاعتك، ولا تطيبُ اللحظاتُ إلَّا بذكرك، ولا تطيبُ الآخرةُ إلَّا بعفوكَ، ولا تطيبُ الجنَّة إلَّا برؤيتك.

كما أتقدم بوافر الشُّكر وجزيل الإمتنان إلى الأستاذ الدُّكتور الفاضل جعفر الفناطسة الَّذي كان مثلاً لي في هِمَّته ونشاطِهِ وسِعَةِ صدرِهِ وتواضِعِهِ مع مكانتِهِ العلميَّة الرَّفيعة، فقد كان معي نِعْم الأستاذ فلم يبخلْ عليَّ بعلمه الغزير ووقته الثَّمين طيلةَ سنواتِ هذه الدِّراسة، كما وأتقدمُ بجزيلِ شُكري وتقديري لجميعِ أعضاءِ لجنةِ المناقشةِ أساتذتي الكرام لمنحهم جُزء من وقتهم لمُناقشةِ هذه الرِّسالة وأثرائها بملاحظاتهم القيمة لإخراجها بالصُورة الأمثل.

وأقدم شُكري إلى جميعِ اعضاءِ هيئةِ التَّدريس في كُليةِ الحُقوقِ بجامعةِ مؤتةَ على ما احاطوني به من اهتمامٍ وعلمٍ نافعٍ.

والشُّكر الموصول إلى جميعِ من ساعدني بهذه الرِّسالة.

**حمزة علي سليمان العيايدة**

## فهرس المحتويات


| المحتوى | الصفحة |
| --- | --- |
| الإهداء | أ |
| الشكر والتقدير | ب |
| فهرس المحتويات | ج |
| الملخّص باللغة العربية | و |
| الملخص باللغة الانجليزية | ز |
| **المقدمة** | 1 |
| **الفصل الأوَّل التَّفاوض على العَقْد** | 7 |
| **1.1 ماهيّة التَّفاوض.** | 7 |
| 1.1.1 مفهوم التَّفاوض. | 7 |
| أولاً: التّعريف في التَّفاوضِ . | 8 |
| ثَّانياً: التّعريف بعَقْد التَّفاوض. | 11 |
| 1.1.2 خصائص التَّفاوض. | 13 |
| أولاً : خصائص المرحلة التَّفاوضيَّة. | 13 |
| ثانياً: خصائص عَقْد التَّفاوض. | 15 |
| **1.2 الإلتزامات الناشئة عن التفاوض والإخلال بالتفاوض.** | **17** |
| 1.2.1 الالتزامّات النّاشئة عن التَّفاوض. | 17 |
| أولاً: الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات في التَّفاوض. | 17 |
| ثانياً: الالتزام بالاستمرار بالمُفاوضات. | 21 |
| ثالثاً: الالتزام بالإعلام في التَّفاوض. | 22 |
| رابعاً: التزامّات أخرى في التَّفاوض. | 26 |
| 1.2.2 الإخلال في التَّفاوض. | 26 |
| أولاً: صُور الإخلال في التَّفاوض. | 26 |
| ثانياً: أساس الإخلال في التَّفاوض. | 28 |
| ثالثاً: الأضّرار الَّتي يتم التَّعويض عنها في التَّفاوض. | 29 |

**الفصل الثَّاني: أساس المَسؤوليَّة في العُدُوْل عن التَّعاقُد.** 31

**2.1 أساس المَسؤوليَّة في العُدُوْل عن التَّعاقُد إنَّها مَسؤوليَّة عَقْديَّة.** 31
2.1.1 أرْكان المَسؤوليَّة العَقْديَّة. 31
أولاً: الإخلال العَقْديّ. 32
ثانياً: الضَّرر. 33
ثالثاً: العَلاقة السَّببيَّة بين الإخلال التَّعاقُدي والضَّرر. 37
2.1.2 مدى توافق المَسؤوليَّة العَقْديَّة مع العُدُوْل عن التَّعاقُد. 37

**2.2 أساس المَسؤوليَّة في العُدُوْل عن التَّعاقُد إنَّها مَسؤوليَّة تقصيريَّة.** 42
2.2.1 أرْكان المَسؤوليَّة التقصيريَّة. 42
أولاً: الفعل الضَّار. 43
ثانياً: الضَّرر. 44
ثالثاً: العَلاقة السَّببيَّة بين الفعل والضَّرر. 45
2.2.2 مدى توافق المَسؤوليَّة التقصيريَّة مع العُدُوْل عن التَّعاقُد. 46

**الفصل الثَّالث: آثار المسؤولية الناجمة عن العُدُوْل عن التَّعاقُد.** **52**
**3.1 آثار المَسؤوليَّة العَقْديَّة في العُدُوْل عن التَّعاقُد.** 52
3.1.1 التَّنفيذ العينيّ. 52
3.1.2 التَّنفيذ بطريقة التَّعويض. 58
اولاً: التَّعويض الاتِّفاقي. 59
ثانياً: التَّعويض القضائيّ. 59
ثالثاً: التَّعويض القانُونيّ(الفائدة القانُونيَّة). 61
3.1.3 التَّعاقُد بالعُرْبون. 63
3.1.4 الشَّرط الجَزائيّ(التَّعويض الاتِّفاقي). 69

**3.2 آثار المَسؤوليَّة التقصيريَّة في العُدُوْل عن التَّعاقُد.** 77
3.2.1 عناصر وطرق تعويض الضَّرر. 77
3.2.2 الأضرار الَّتي يتم التَّعويض عنها . 82
**الخاتمة** 87
**النتائج والتوصيات** 87
**المراجع** 91

**المُلخّص**

**التّنظيم القانُونيّ للعُدول عن التَّعاقُد**

**حمزة علي سليمان العيايدة**

**جامعة مؤتة، 2015م**

استهدفت هذه الدِّراسةَ في موضوع التَّنظيمُ القانُونيّ للعُدولِ عن التَّعاقُدِ، وذلك من خِلالِ بحث ماهيَّة التَّفاوض وبيانَ خصائصهِ وتحديد الطَّبيعةَ القانُونيَّة للتفاوض والنَّظر إلى صُورِ التَّفاوض وبَيَانَ خصائصهِ وتحديد الطَّبيعة القانُونيَّة للتفاوض، والنَّظر إلى صُورِ الإخلال والأساس الَّذي يقوم عليه الإخلال في التَّفاوض، ومعرفة الأضرار الَّتي يتم التَّعويض عنها في مرحلةِ التَّفاوض، كما يختلفُ الأساس في المَسؤوليَّة في المرحلة السَّابِقة على التَّعاقُدِ في حالة العُدُوْل ما إذا كانت عَقْديَّة أم تقصيريَّة، بالبحث في أرْكان كُل مَسؤوليَّة، وبيان مَدى توافق الأرْكان مع العُدُوْل عن التَّعاقُد.

وتناولنا أيضاً الآثار المُترتِّبة في المرحلة السَّابِقة على التَّعاقُد سواء في المَسؤوليَّة العَقْديَّة أو التقصيريَّة وتوضيح الجزاء المترتّب على كُل مَسؤوليَّة في حالة العُدُوْل عن التَّعاقُد سواء بالتَّنفيذ العينيّ أو التَّعويض، ومدى سُلطةِ المَحْكمة في تحديد ذلك، والوقوف على بعض جوانِب الكَمال والقُصُور والنَّقص الَّتي اعترت المرحلة السَّابِقة على التَّعاقُد، وذكر آراء الفُقهاء وأحْكام القضاء في هذه المرحلة المهمّة في صُنع العَقْد المراد إبرامُه.

وقد توصلنا في اخر هذه الدِّراسة إلى عِدة نتائج وتوصيات.

# Abstract

## The Legal regulation of contract abondonment

Hamzah Ali Al-ayaydeh

Muta University,2015

This study of Legal regulation of contract abandonment aimed to through searching what the negotiation and defnd its characlesliscs and natwe Legal of regulation and have a look at the ways of the regulation and look to corrupt and the base that corrupt stands on within regulation and be aware of damege or conseqences that should be compensated in the stage of regulation which the base deffers in the previous stage on contract in the case of abandonment in the case of being contractual or default by looking through the pellass every Responsibility and clear how these pillars agree with contract abandonment also we looking the consequences of the previous stage in case of contractual responsibility of default and clear the punish per each responsibility in the case of the abandonment of the contract it that self conduct or compensation and the authority of the court with this punishment and to stand on some parts or sides of perfection or default or incomplete that get through this previous stage on the contract and mentioning the opinions of the constitutionalists and law rules in this significant stage of making contract that will be made and we reached of the final stage of this study of many conclusions and Recommendations.

**المُقدمة:**

يَشْهدُ العصر الحاضر ازدياداً مضطرداً وسُرعة كبيرة في مجالِ التَّعاقُد والتِّجارة وتبادل السِّلع والمنافع، ولتنظيم هذه العمليات يجب أن يكون هُنالك مرحلة تسبقُ التَّعاقُد؛ لتحقيق التَّوافق بين المَصَالح المُتبادلة بين أطراف العَقْد، ويسبقُ المرحلة السَّابِقة على التَّعاقُدِ تقديم اقتراحات وتجهيزات واتِّفاقيات أوَّلية؛ لإيجاد التَّوازن للعَقْدِ المُزْمَع إبرامُه وتنفيذه، لكنَّ أوضاع الأطراف تختلف منذ بداية المرحلة السَّابِقة على التَّعاقُدِ مروراً بالعَقْد النّهائي وحتى تنفيذه.

والأصل أن تتمَّ المرحلة السَّابِقة على التَّعاقُدِ بحُسن نية؛ وذلك لإقامةِ نوع من المُوازنةِ بين الأطراف لمبدأ الحُرية التَّعاقُدية، فهذه المرحلة إذا لم يحصل خِلالها أيَّ خلاف بين طرفي العَقْد المراد إبرامُه يكون العَقْد صحيحاً لا يعتريه نقص أو غُمُوض، ولا تَثُور بشأنِه أيَّةَ نِزَاعات في المُستقبلِ.

وتُعدُّ المرحلة السَّابِقة على التَّعاقُدِ من أهمِّ المراحل الَّتي تكون بين أطراف العَقْد، فهي تمكِّن كِلا الطَّرفين المُتفاوضين من الاطلاعِ على التَّفاصيلِ الدَّقيقة كاملة والمتعلقة بالعَقْدِ والشُّروط والالتزامات المُترتِّبة على الطَّرفين، وبما إنَّها تؤدي إلى مشاكل وخلافات قانُونية تتعلق بأساس المَسؤوليَّة المدنيَّة والطَّبيعة القانُونيَّة للمرحلةِ السَّابِقة على التَّعاقُدِ، وكذلك بيان الآثار المُترتِّبة في حالةِ العُدُوْل عن التَّعاقُدِ، وستتمُّ الإشارة في سِياقِ الدِّراسة إلى هذه القضيَّة بتفصيلٍ أكثر؛ لبيان الأثر القانُونيّ المرتبط في المرحلةِ السَّابِقة على التَّعاقُد في حالة العُدُوْلِ عنه.

**مُشكلة الدِّراسة:**

تَنْبُعُ إشكالية البحث الرَّئيسية في الدَّورِ المُهم والرئيسي الَّذي تلعبهُ المرحلة السَّابِقة على التَّعاقُدِ، وما تتضمنها المرحلة من تَبَادُلِ آراء وأفكار وحِوارات؛ لإخراج العَقْد المراد إبرامُه بصُورة واضحة، وبيان الأساس القانُونيّ والآثار المُترتِّبة في حالةِ العُدُوْل عن التَّعاقُدِ، وتختص هذه الدِّراسة بالبحثِ في إشكاليات كثيرة منها؛ طبيعة المُفاوضات العَقْديَّة، وماهيَّة التَّفاوض، وتوضيح المعالم الأساسية كمرحلة سابقة على التَّعاقُدِ، والبحث في الأساسِ القانُونيّ في العُدُوْلِ عن التَّعاقُدِ، من حيث كَونِها مَسؤوليَّة

عَقْديَّة أم مَسؤوليَّة تقصيريَّة؟، وكذلكَ مَدى ارتِبَاط المرحلة السَّابِقة على التَّعاقُدِ مع المَسؤوليَّة المدنيَّة.

وتواصلُ الدِّراسة مسيرها البحثي في الطَّرِيقِ الصَّحيح للتنفيذِ على الوفاءِ بالالتزام في حالةِ الإخلال، وهل يُجبرُ المَدين في العُدُوْلِ عن التَّعاقُدِ بعين ما التزم بِه أم عن طريقِ التَّعويض، ودَور سُلطة المَحْكمة في تقدير التَّعويض في حالة العُدُوْلِ عن التَّعاقُدِ، وتوضيحاً لدور المُشَرِّع الأُردنيّ في حالة العُدُوْل، وهل هناك نُصُوص قانُونيَّة تُنظمُ ذلك النَّقص التَّشريعي الحاصل في هذا الجانِب المُهم كغيره من الإشكاليات.

**أهميَّة الدِّراسة:**

تهدفُ هذه الدِّراسة إلى بيانِ الجوانِب القانُونيَّة النَّاظمة لمرحلةِ العُدُوْل عن التَّعاقُدِ وبيان المرحلة السَّابِقة على التَّعاقُدِ؛ لأنَّها مرحلة مهمَّة لإبرام العَقْد النّهائي والوقُوف على الاتِّفاقيات بين الأطراف، وبيان النُّقاط المهمَّة في الوصولِ إلى العَقْدِ المُزْمَع إبرامُه؛ ليكون سليماً من كُلِ عيب، وهذا الَّذي دفعني إلى اختيارِ هذا الموضوع، كما أنَّ هُناك أسباباً أخرى دفعتنا إلى اختياره منها:

1. إنَّ المرحلة السَّابِقة على التَّعاقُدِ مرحلة مُهمَّة، مِن الضَّروريّ أن يكونَ الأطراف متوازيين خلالها في الاتِّفاقِ، وكذلك الأهميَّة الَّتي قد تستند إليها هذه المرحلة كأساس عَقْديّ أو أساس تقصيريّ في حالةِ العُدُوْل، وكذلك بيان الآثار القانُونيَّة الَّتي تُخلِّفها المرحلة السَّابِقة على إبرامِ العَقْد النَّهائي في حالةِ العُدُوْل، من حيث كَونِها أثراً للمَسؤوليَّة العَقْديَّة أم أثراً للمَسؤوليَّة التقصيريَّة؟.
2. هُنالك الكثير مِن المؤلّفات القانُونيَّة الَّتي تناولت المرحلة السَّابِقة على التَّعاقُدِ، ولكنَّها لم ترقَ لمستوى دراسة مستقلة ومتخصِّصة وشاملة لجميعِ النُّقاط والجوانِب القانُونيَّة، سواء في مرحلةِ التَّفاوض، أو حالة التَّعاقُد بالعُرْبون، أو في حالةِ وجُود شرط جزائيّ.
3. إنَّ المرحلة السَّابِقة على التَّعاقُدِ تتضمن أحداثاً جِساماً للوصولِ إلى إبرامِ العَقْد النَّهائيّ، وفي حالةِ العُدُوْل لم تتضمن التَّشرِيعات المدنيَّة الحديثة هذه المرحلة تارِكةً الأمر لاجتهادِ الفقه والقضاء.

4. وجُود قصُور في النَّصُوص القانُونيَّة المُنظِّمة للمرحلةِ السَّابِقة على التَّعاقُدِ؛ مما يؤدي إلى حالة مِن عدم الوضوحِ في حالةِ العُدُوْلِ عن التَّعاقُدِ.

**أهداف الدِّراسة:**

تَهدفُ هذه الدِّراسة إلى بيانِ الجوانبِ القانُونيَّة المُنظِّمة لموضوع العُدُوْل عن التَّعاقُدِ، وبيان المرحلة السَّابِقة على التَّعاقُدِ من خِلالِ القانُون المدنيّ الأُردنيّ، وطرح التَّساؤُلات والبحث والتَّحرّي عن الإجابةِ الشَّافية والمنطقية الَّتي تستندُ إلى أساسِ قانُوني صحيح، وذلك بالوقوفِ عند نقاطِ النّقص والضعف الَّتي غابت عن ذهنِ المُشرِّع، واقتراح بعضِ الحلول المُنَاسِبة والبدائل؛ لمعالجةِ النَّقص الحاصل في التّشريعِ، وكذلكَ معرفة المفهوم القانُونيّ الواضح والدَّقيق للمرحلةِ السَّابِقةِ على التَّعاقُدِ، وبيان الأثر المترتِّب في حالةِ العُدُوْلِ، وغيرها مِن الأهداف الَّتي قد تظهرُ مِن خِلالِ قراءة هذه الرِّسَالة.

**الدِّراسات السَّابِقة:**

يتبيَّنُ من خِلالِ المصادر والمراجع الَّتي اطلعت عليها في موضوع الدِّراسة أنَّ هُنالك بعضاً مِن الدِّراسات الَّتي تناولت الموضوع بجزئيات بسيطة، ولم تتطرق إلى الأساس القانُونيّ والأثر المترتب عن العُدُوْلِ عن التَّعاقُدِ، الأمر الَّذي دفعني وزاد من رغبتي للبحث في هذا الموضوع بتفصيلٍ أكثر، ومِن أهمِّ الدِّراسات الَّتي اطلعت عليها وأفدْتُ منها في مجالِ دراستي:

**دراسة (سالم، محمد عمر، 2010م)، وهي بعنوان: "الطَّبيعة القانُونيَّة للمَسؤوليَّة السَّابِقة على التَّعاقُد"**، بحث منشور على شبكة الانترنت مَوقِع مُنتدى المحامين العرب.

وقد اختصّتْ هذه الدِّراسة بالبحث في الاتِّجاهات الفقهيَّة المتعلِّقة بطبيعة المَسؤوليَّة عن التَّعاقُدِ، والبحث في المَسؤوليَّةِ العَقْديَّة والتقصيريَّة الَّتي تؤدّي إلى الإخلالِ في المسؤوليتين، كما وبحثت عن نظريّة خاصة تختلف اختلافاً فاصلاً بين المَسؤوليَّة التقصيريَّة والعَقْديَّة ألا وهي المَسؤوليَّة الخاصة بالإخلال في المرحلة السَّابِقة على التَّعاقُد، وقد قام الباحث فِي سياقِ دراسته بتطبيق كُل حالة على حِده أثناء اختيار الطَّبيعة القانُونيَّة السَّابِقة على التَّعاقُد.

والفارق بين دراستي وهذه الدِّراسة يكمنُ في شمولِ دراستي للموضوع في العُدُوْلِ عن التَّعاقُدِ، فهي أكثر اهتماماً ببيانِ الأساس القانُونيّ للمَسؤوليَّة السَّابِقة حول التَّعاقُد، وبيان أرْكان المسؤوليّتين العَقْديَّة والتقصيريَّة، والإشارة إلى مَدى توافق المسؤوليتين المدنيتين (العَقْديَّة والتقصيريَّة) مع العُدُوْلِ عن التَّعاقُدِ، وبيان التزامات النَّاشئة عن المرحلةِ قبل التَّعاقُدِ، وصُور الإخلال والأضرار الَّتي يتمّ التَّعويض عنها في هذه المرحلة، مع بيانِ الجزاء المترتِّب على من قامَ بالإخلالِ في هذه المرحلة السَّابِقة على التَّعاقُدِ.

**دراسة (راضي، روان عبد المعطي سلامة، 2010م)، وهي بعنوان:** "**الجوانب القانُونيَّة المُنظِّمة لمرحلة المُفاوضات العَقْديَّة**"، رسالة ماجستير منشورة، الجامعة الأُردنيّة.

تناولت الباحثة في هذه الدِّراسة الدور الَّذي يلعبه الأطراف أثناء التَّفاوض، من خلالِ بيانِ الجوانب القانُونيَّة المُنظِّمة للمرحلةِ السَّابِقةِ على التَّعاقُدِ، وقدْ ميّزت بين مرحلة المُفاوضات للمراحل التَّعاقُدية الآخرى، وبين المَسؤوليَّة في مرحلةِ المُفاوضات العَقْديَّة، ووضَّحتْ الاتّجاهات الفقهيَّة في تحديدِ المَسؤوليَّة التَّفاوضيَّة، وبينت النَّتائج الَّتي توصّلتْ إليها في تحقيقِ المَسؤوليَّة لمرحلةِ المُفاوضات العَقْديَّة.

وهُناك نُقاط تشاركيَّة بينَ دراستي وهذه الدِّراسة، إلَّا أنَّ ما يميّز دراستي عن هذه الدِّراسة هو أنَّها ستتناول التَّفاوض بشكل عام سواء في ماهيّتها وخصائصها وطبيعتها القانُونيَّة، وكذلك في بيانِ الأساس القانُونيّ سواء أكان عَقْديَّاً أم تقصيريّاً مع وجُودِ الأثر القانُونيّ المترتِّب في العُدُوْلِ عن التَّعاقُدِ، وبيان صُور التَّعامُلات السَّابِقة على التَّعاقُدِ مثل العُرْبون، والشَّرط الجَزائيّ، وبيان الجَزاء المترتّب على هذه المرحلة، والجزاء المترتّب على المخلِّ في حالةِ عدم التزامه وإجباره على التنفيذِ العينيّ أو التّنفيذ بطريقِ التَّعويض، وما هي سُلطة المَحْكمة في تقديرِ قِيمة التَّعويض، وبيان العناصر الَّتي يقومُ عليها التَّعويض في حالةِ العُدُوْلِ عن التَّعاقُدِ، ومن جانبٍ آخر فإنَّ دراستي ستتناول ما هو جديد في كُلِ ما يُمكنُ أن يُطْرَحَ في المرحلة السَّابِقة على التَّعاقُد في حالة العُدُوْل بما يشملُ العُقود المدنيَّة وغيرها، وإن وجدت نُصُوص خاصة لتلك العُقود.

دراسة (بارود، حمدي محمود، 2010م)، وهي بعنوان: "**نحو إرساء تكييف قانُوني جديد لمفاوضات العَقْد "الطَّبيعة وآثارها، دراسة تحليلية تأصيليّة**"، مجلة جامعة الازهر بغزة سلسلة العلوم الإنسانيَّة، مُجلد 12، العدد 1.

وقد ركّزت هذه الدِّراسة على تحديدِ الطَّبيعة القانُونيَّة لمرحلة التَّفاوض على العَقْدِ؛ من خِلالِ إرساء الطَّبيعة العَقْديَّة لهذه المرحلة بالنَّظر في وجُودِ اتِّفاق على التَّفاوض بين الطَّرفين، وقد تناول الباحثُ كُل ما ترتَّب على تلك الطَّبيعة العَقْديَّة من نتائجِ تمثلت في الالتزامات المفروضة على أطرافِ المُفاوضة، وكذلك القِيمة القانُونيَّة الَّتي تتمتَّع بها الاتِّفاقات الَّتي تتخلّل المرحلة التَّفاوضيَّة.

أمّا بالنِّسبةِ لدراستي فستأتي بإذن الله تعالى متناولة بصُورةٍ كاملة المَسؤوليَّة المدنيَّة في مرحلةِ العُدُوْلِ عن التَّعاقُدِ، سواء أكانت ذات طبيعة عَقْديَّة، أم كانت ذات طبيعة تقصيريَّة، من خلالِ الوقوفِ على مدى التّوافق بين أرْكان كُل مَسؤوليَّة مع المَسؤوليَّة العَقْديَّة أو التقصيريَّة، وبيان الأثر المترتّب على كُلِ مَسؤوليَّة.

**مَنْهج البحث:**

حتَّمَتْ علينا هذه الدِّراسة اتّباعَ أكثر من مسارٍ منهجيٍّ، وعدم الاكتفاءِ بمنهجٍ واحد فقط، إذْ إنَّ طبيعتها المتشعَّبة بين النُصُوص القانُونيَّة في القانُونِ المدنيِّ والاتجاهات الفقهيّة وأحْكام القضاء تتطلّب الاعتماد على عددٍ من مناهجِ البحث تتمثَّلُ في:

**أولاً:** المنهجُ التّحليليّ، وذلك بتناولِ النُصُوص القانُونيَّة الَّتي لها صلة بالموضوعِ، والسَّعي لإظهارِ الإشكال والنَّقص الَّذي يعتري أيَّ نصٍّ قانُونيّ، ثمّ وضع حلول لسدّ هذا النّقص أو الخلل.

**ثانياً:** المَنْهجُ الوصفيّ، وذلك بتسليطِ الضَّوءِ على الدِّراسةِ بتقديم عرضٍ وصفيّ مفصّلٍ مراعاةً لإخراجِها من دائرةِ النَّقد اللاذع، بإظهار آراء واتِّجاهات الفقهاء، خاصَّة تلك الَّتي عالجت مسائل العُدُوْل عن التَّعاقُدِ عند الحديث عن التَّفاوضِ والمَسؤوليَّة عن العُدُوْلِ عن التَّعاقُدِ، وتوضيحُ الآثار القانُونيَّة للعُدولِ من قبلِ أطراف العَلاقة، وبيان مَوْقِف الفقه منها، وإبراز الجانِب النَّقديّ للباحثِ لكُل جانِب من جوانبِ هذه الدِّراسة.

وعلى ما تقدّم فقد قسَّمتُ هذه الدِّراسة إلى ثلاثةِ فصول، تطرّقتُ في الفصلِ الأوَّل مِنها إلى التَّفاوض على العَقْد، وفي الفصلِ الثَّاني إلى أساسِ المَسؤوليَّة المدنيَّة في العُدُوْلِ عن التَّعاقُدِ، وفي الفصلِ الثَّالث تعَّرضتُ لآثار المَسؤوليَّة في العُدُوْلِ عن التَّعاقُدِ حسبما هو موضّحٌ أدناه:

**الفصل الأوَّل: التَّفاوض على العَقْد.**

**الفصل الثَّاني: أساس المَسؤوليَّة في العُدُوْلِ عن التَّعاقُدِ.**

**الفصل الثَّالث: الآثار القانُونيَّة في العُدُوْلِ عن التَّعاقُدِ.**

# الفصل الأوَّل

# التَّفاوض على العَقْد

إنَّ المُفاوضات تحتوي على اتِّفاقات، منها ما هو جزئيّ، ومنها ما هو تمهيديّ، الأمر الَّذي يؤدّي إلى حصولِ تداخُلات في بعضِها، ممَّا يستدعي دراستها والنَّظر فيــها، والتَّفاوض على العَقْدِ وما يحتويه مِن اتِّفاقات ونُقاط قانُونيَّة مُهمَّة للحدِّ الَّذي يشكُلُ مرحلة مُهمَّة في الوصولِ إلى عَقْدٍ قانُونيّ سليم يستدعي الوقوف على معالمِ الطَّريق للوصولِ إلى عَقْد؛ لذلك يُعدُّ موضوع التَّفاوض من الموضوعات المُهمَّة في الحياةِ الواقعية في الوقتِ الحاضر، إذ يخصُّ جانِباً من الأمورِ العمليَّة الَّتي تقومُ على التعاملِ مع العُقودِ ما بين النَّاس بشتَّى أنواعِها بهدفِ تحقيقِ استقرار المُعاملات.

ومرحلة التَّفاوض هي مرحلة سابِقة على انعقادِ العَقْد، إذْ تشملُ ما يهمَّ الأطراف وما يحيطُ هذا العَقْد من ظروفٍ؛ ليخرجَ بالصُّورةِ الأقرب لمرادِ المفاوضين، مما يحتِّم على أطرافِ التَّفاوض وعدم الإخلال بالتزاماتِهم وتطبيقُها بما هو متَّفق عليه، وبما هو واجب قانُونيّ؛ انطلاقاً من العرضِ السَّابقِ فقد ارتأيتُ تَقْسيم هذا الفصل إلى ماهيَّة التَّفاوض، والطَّبيعة القانُونيَّة للتّفاوض.

## 1.1 ماهيَّة التَّفاوض.

تقومُ عملية التَّفاوض على تبادلِ الأفكار والوقوف الصَّحيح على الأمورِ الَّتي سيتمُّ إبرام العَقْد عليها؛ وللمحافظة على تسلسل العرضِ قمت بتقسيم ماهية التَّفاوض الى مفهوم التفاوض وخصائص التَّفاوض.

### 1.1.1 مفهوم التَّفاوض.

نظراً للتقدمِ التِّجاريّ والصناعيّ والتكنولوجيّ ولكثرةِ العُقودِ فإنَّ العَقْد يجب أن يُبنى على أساسِ صحيح وواضح للطِّرفين حتَّى لا يحصلُ أي إشكال في العَقْد المُزْمَع إبرامُه؛ ولذلك سأعرِّفُ التَّفاوض واعرف عَقْد التَّفاوض قبل إبرام العَقْد.

**أولاً: التَّعريف في التَّفاوضِ .**

التَّفاوض **لغة:** فاوضه في الأمر: بادله الرّأي فيه بُغيةَ الوصول إلى تسويةٍ واتِّفاق، ويُقال: فاوضَه في الحديث بادله القول فيه[1].

أمَّا في **الاصطلاح**، فتتعدَّد المعاني في التَّفاوضِ، فيعرَّفُ التَّفاوض على أنَّهُ "تبادلُ اقتراحات ومساومات ومُكاتبات وتقارير ودراسات فنيَّة وتجاريَّة يتبادلها الأطراف؛ للتّعرفِ على الصفقةِ المُزْمَع إبرامُها، وعلى ما سوف يُسفرُ عنه الاتِّفاق من حُقُوقِ والتزامات على عاتقِ الطَّرفين، وذلك من خِلالِ أفضل الصِّيغ القانُونيَّة الَّتي تحققُ مصلحتها"[2].

والمُفاوضات مرحلة أوليَّة من مراحلِ الإبرام المُستقبليَّة للعَقْد، وتظهرُ هذه المُفاوضات في العُقودِ الَّتي تحتاجُ إلى مرحلةِ تسبِقُ الإبرام للعَقْد وليس كالعُقود المباشرة الَّتي تبرمُ دُون وجُود المُفاوضات السَّابِقة عليها.

وبما أن التَّفاوض سابق لإبرام العَقْد سواء أكان على العُقودِ التَّقليديَّة أم أنَّهُ يستخدمُ كمرحلة في غايةِ الأهميَّة في العُقودِ القانُونيَّة الَّتي تبرمُ بطُرق أخرى، كالتَّفاوض في العُقودِ الدَّوليَّة، أو العُقود الإلكترونيَّة أو غيرها.

وهناكَ من عرَّفَ التَّفاوض على أنَّهُ "حِوار أو تبادُل مقترحات بين الطَّرفين أو أكثر، بهدفِ التَّوصل إلى اتِّفاقٍ يؤدّي إلى حسمِ قضيَّة أو قضايا نزاعيَّة بينهم، وفي الوقتِ نفسه تحقيقُ المصالح المشتركة فيما بينهم أو المحافظة عليها"[3].

وهُنالك تعريف آخر للتفاوض مفادُهُ أنَّهُ "قيام أطراف العَلاقة العَقْديَّة المُستقبلية بتبادلِ الاقتراحات والآراء والدِّراسات والتَّقارير الفنيَّة والاستشارات القانُونيَّة، ومُناقشة ما

---

(1) المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، الطَّبعة الثّانية، مصر، 1986، ص484.

(2) بارود، حمدي، القيمة القانُونيّة للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التّفاوض قبل العقديّة في مجال عقود التجارة الدولية، مجلة الجامعة الاسلامية (غزة)، المجلد الثّالث عشر، العدد الثّاني، يونيو، 2005، ص127.

(3) أبو شيخة، نادر احمد، أصول التّفاوض، دار المسيرة للنشر والتَّوزِيع والطِّباعة الطَّبعة الاولى، عمان، 2010، ص22.

يضعونها سويَّة، أو ينفردُ بوضعها أحدهما من اقتراحات وآراء بغية الوصول إلى أفضلِ النَّتائج الَّتي تحققُ مصالحها، ولتحديد ما يسفُر عنه الاتِّفاق النَّهائي من حقوقٍ والتزامات على كُل منهم"[1].

أمّا الدَّعوى إلى التَّفاوض فتعرّف بأنَّها "عرض موجَّه إلى شخصٍ مُعيّن أو غير مُعيَّن، بقصدِ الدّخولِ في مناقشات الهدف منها إبرام عَقْد ما، ويحاولُ كُل طرف في هذه الفترةِ أن يحدِّد مضموناً للتّعاقد وفق ما تقتضيه مصلحته، باذلاً في ذلك ما في وسعِهِ من طاقةٍ وبراعة"[2]، ونجد أن المُفاوضات يتمّ استخدامها كمرحلة سابقة على التَّعاقُدِ؛ لذا فلها أهميَّة بالغة في تكوينِ العَقْد المُزْمَع إبرامُه.

ومن أمثلة التَّفاوض؛ التَّفاوض في العُقود الدّوليّة، وفي هذه العُقود تتمُّ المُفاوضات بين الحُكومات والشَّركات والأفراد لغايات المشاريع الاقتصاديَّة أو التِّجاريَّة أو القانُونيَّة، ولِأجل إقامة روابط عَقْديَّة متوازية وكفيلة بتحقيقِ مصالح الأطراف المُشتركة من خِلالِ تبادل المناقشات والحوارات والأفكار كما قد تفشلُ الأطراف في تحقيقِ هذا التَّوافِق لأسباب مُختلفة[3].

أمّا بالنِّسبةِ للتشريعِ الأُردنيّ فإنَّهُ لم ينُصّ صراحة على تعريف مرحلة التَّفاوض كمرحلة تمهيديَّة سابقة إلى إبرام العَقْد، وقد تُرِكَ ذلك إلى الفقهِ واجتهاد القضاء والقياس على القواعدِ العامَّة، إلا أنَّها أشارت وبصُورة ضمنيَّة إلى مرحلةِ التَّفاوض، فقد نصَّت المادَّة (90) من القانُونِ المدنيّ الأُردنيّ رقم 43 لسنةِ 1976[4] على أنَّهُ "ينعَقد العَقْد

---

(1) عبد الباسط، جاسم محمد، إبرام العقد عبر الانترنت، الطَّبعة الاولى، منشورات الحلبي الحُقُوقية، 2010، ص153.

(2) الجميلي، سليمان، المفاوضات العقديّة دِراسة مُقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحُقُوق، جامعة النهرين، 1998، ص6.

(3) منصور، محمد حسين، العقود الدولية ماهية العقد الدولي وأنواعه وتطبيقاته، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، بدون سنة نشر، ص28.

(4) القانُونِ المدنيّ الأُردنيّ رقم 43 لسنةِ 1976، المعمول به من يوم الخميس الموافق 1977/1/1، والمنشور على صفحة (2) من العدد (2645) من الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 1976/8/1.

بمجرّد ارتباط الإيجاب والقبول مع مراعاةِ ما يقرّره القانُون من ذلك من أوضاعٍ مُعيّنةٍ لانعقاد العَقْد"، ويتبيّن لنا من هذه المادَّة أنَّ أيَّ عَقْد لا ينعَقْد إلا بتبادلِ الطَّرفين والتّعبير عن الإيجابِ والقبول وارتباطهما مع بعضِهم بعضاً.

وتطبيقاً لِذلك فقد قَضْت مَحْكمة التَّمييز أن أصدرت حُكمها في الدَّعوى إذ رأت أنَّ الموضوع صالح للحُكم فيه؛ وذلك وفقاً لأحْكام المادَّة (4/197) من قانُون أُصُول المُحاكمات المدنيّة[1].

وكذلك نصَّ القانُون المدنيّ الأُردنيّ في المادَّةِ (1/105) على أنَّ "الاتّفاق الَّذي يتعهّد بموجبه كِلا المُتعاقِدين أو أحدهما بإبرامِ عَقْد مُعيّن في المُستقبلِ، لا ينعَقد العَقْد إلّا إذا عُيِّنت جميع المسائل الجوهريَّة للعَقْد المراد إبرامُه والمُدة الَّتي يجب إبرامُه فيها".

من خِلال هذا النّصّ يتّضح أنَّهُ لا بُدَّ من شمولِ مرحلة إبرام العَقْد جميع المسائل الجوهريَّة الَّتي تمّتْ مُناقشتها في مرحلةِ المُفاوضات، لكي ينعَقْد العَقْد، وأيضاً لا بُدَّ من شُمُولِ جميع المسائل الَّتي تمَّ التَّفاوض من اجلِها، والَّتي هي جوهريَّة في العَقْد، وكذلك المُدة الَّتي يجب إبرامُها فيها.

وكذلك قَضْت مَحْكمة التَّمييز باعتبارِ العَقْد باطلاً في حالةِ عدم استيفائه الشَّكل الَّذي رسمه القانُون من خِلالِ تسجيله في الدَّائرةِ المختصّة وذلك حسب المادَّة (105) من القانُون المدنيّ، ولا يُرتّب أثراً وفقاً لأحْكام المادَّة (168) من القانُونِ المدنيّ، ولا ترد عليه الإجازة، ويجب إعادة المُتعاقِدين إلى الحالةِ الَّتي كانُوا عليها قبل التَّعاقُد[2].

وترتبط الالتزامات النَّاشئة عن المُفاوضات ارتباطاً وثيقاً بتحديد طبيعة المُفاوضات، من كونِها مجرّد وقائع ماديَّة، وبالتَّالي لا تنشأ عنها الالتزامات الَّتي يقتضيها الواجب العام، بعدم الانحراف عن المسلكِ المعتاد والمألوف نحو ما يلحقُ الضَّرر بالغير (المَسؤوليَّة التقصيريَّة)، أم إنَّ الإرادة تظهرُ في المُفاوضاتِ؛ فتضفي عليها وصف التّصرفات القانُونيَّة الَّتي ترتِّب التزامات على طرفي المُفاوضات؛ لتفعيل

---

(1) انْظُر: قرار مَحْكمة تمييز (هيئة خُماسيّة) حُقُوق رقم 2014/4150 تاريخ 2015/3/11 والمَنشور في مَوقِع قِسطاس.

(2) انْظُر: قرار مَحْكمة تمييز حُقُوق (هيئة خُماسيّة) رقم 2015/227 تاريخ 2015/8/4 والمَنشور في مَوقِع قِسطاس.

المُفاوضات أو الوصول إلى قناعةٍ تامّة بعدمِ التَّعاقُد؛ لأنَّ مصلحته أو مصلحة أحدهما تقتضي ذلك[1].

ويبدو أنَّ التَّفاوض هو الحوار الَّذي يتم فيه المُناقشة والمُساومة، وكذلك يتمّ فيه تبادُل الأفكار والآراء وتقريب وجهات النَّظر وإجراء المُحادثات والتَّداول بين أطراف التَّفاوض؛ بهدفِ الوصولِ إلى اتِّفاق أو إلى تسويةِ أمرٍ مُعيّن حول القيام بعملٍ مُعيّن أو الامتناع عن عملٍ مُعيّن، سواء أكان هذا الاتِّفاق بين أطراف المفاوضين أو تجاه الغير.

وخُلاصة ما سبق فإنَّ المُشرِّع الأُردنيّ لم ينُصَّ صراحةً على تعريفٍ واضح للتَّفاوضِ، وإنَّما عزا تعريف التَّفاوض للفقه واجتهاد القضاء والقياس على القواعد العامّة كما بينت سابقاً، وأنَّ التَّفاوض يكون في أكثرِ العُقود قبل إبرامُها، وهذا كُله في المُفاوضات غير المسبوقة باتِّفاقٍ صريح، وهي ذات طبيعة ماديَّة، فهو عمل ماديّ غير مُلزم.

**ثانياً: التّعريف بعَقْد التَّفاوض**

ذكرت سابقاً أنَّ المُشرِّع الأُردنيّ لم يعرِّف التَّفاوض كمرحلة تفاوضيّة؛ ولذلك من الطبيعيّ أنَّ التَّشريع لم يتضمَّن تعريفاً لعَقْد التَّفاوض، وإنَّما ترك ذلك إلى الفقهِ، ويعرّفُ عَقْد التَّفاوض بأنَّهُ "عَقْد يلتزمُ بمقتضاه كُل طرف في مواجهةِ الطَّرف الآخر بالدّخولِ في المُفاوضاتِ؛ لإبرام عَقْد لاحق لم تتحدَّد شُروطِه وعناصِره الأساسيَّة والثَّانويَّة بعد"[2].

وعَقْد التَّفاوض هو "عِبارةٍ عن اتِّفاق يتعهَّدُ بموجبه أحد طرفيه تجاه الطَّرف الآخر بأن يدخل في مُفاوضات ويستمر فيها بشأن عَقْد من العُقودِ بهدف الوصولِ إلى إبرامِ العَقْد"[3].

---

(1) بارود، حمدي، القيمة القانُونيّة للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التّفاوض قبل العقديّة في مجال عقود التجارة الدولية، ص130.

(2) عبد الباقي، عبد الفتاح، موسوعة القانُون المَدنيِّ، نظرية العقد، 1984، ص173 وما بعدها.

(3) راضي، روان عبدالمعطي سلامة، الجوانب القانُونيّة المنظمة لمرحلة المفاوضات العقديّة، رسالة ماجستير منشورة، الجامعة الأُردنيّة، 2011، ص26.

ويتفاوتُ مضمون اتِّفاق التَّفاوض فقد تأتي به الأطراف لتقديرِ الاتِّفاق على البدءِ في التَّفاوض، كما يتمُ النَّص على بعضِ الالتزامات الَّتي تحُكم سير العملية التَّفاوضيَّة كالإلتزام بالتَّعاونِ والإعلام وحُسن النّية، بالإضافةِ لذلك، فقد يضّمنُ الاتِّفاق التزامات أضافية لِضَمَانِ حُسن سير المُفاوضة، وتفادي ما قد يصحبها من مشاكلِ مثل تَنْظيم المُفاوضات من حيث زمانها ومكانِها ونفقاتِها، كما يتضمن عَقْد التَّفاوض عدة شروط تنظيمية قبل الالتزام بعدمِ الدُّخولِ في مُفاوضات موازية، والالتزام بالسِّرية وبمدةِ التَّفاوض وتنظيم تحمل نفقات الِّدراسات التَّمهيديَّة، وتحديد من يتحمل مصاريف المُفاوضات والتّصريح بالبدءِ بالإعمال[1].

ويُلاحظُ أنَّ عَقْد التَّفاوض يكون على بيانِ سير العملية التَّفاوضيَّة في الالتزامات وتنظيم هذه العملية، وقد عرَّفته محكمةُ التَّحكيم التَّابعة لغُرفةِ التِّجارة الدَّولية (CCI) في أحدِ أحْكامها بأنَّهُ "عَقْد بمقتضاه يتعهد طرفاه في التَّفاوضِ  أو بمتابعته من اجلِ التَّوصل إلى إبرامِ عَقْد مُعين لم يتحدد موضوعه إلا بشكل جُزئي لا يكفي في جميعِ الأحوالِ لانعقاده"[2].

وبناءً على التَّعريفات السَّابِقة فقد اتضح لنا أنَّ عَقْد التَّفاوض هو أساس في عمليةِ التَّعاقُد وطريق يؤدي إلى التوازنِ العَقْديّ عند إبرام العَقْد النّهائي فهو مرحلة سابِقة على التَّعاقُدِ وهو الطريق إلى ذلك،  ومع هذا فإن عَقْد التَّفاوض يمنعُ المشاكل المُستقبلية عند انعقاد العَقْد، فيلعب هذا العَقْد دور مهم وبارز في انعقادِ العَقْد نتيجة التَّطورات الهائلة في التقدمِ العلمي والصناعي والتكنولوجي في استخدامِ وسائل الاتصالات في المُفاوضات لإبرامِ العُقود.

والَّذي يزيدُ أهميَّة المُفاوضات هو وجُود الكم الهائل من الإمكانيات والمراسلات والاتِّفاقيات الَّتي تتخلل هذه المرحلة، والَّذي يضطلع بالقيام بها عادة متفاوضون ليسوا

---

(1) محمد، حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، ص43.

(2) سلامة، أحمد عبد الكريم، قانون العقد الدَّوليّ، دار النَّهضة العربية، الطَّبعة الأولى، 2001، ص97.

برجال قانُون ولا يعملون بالعقود وغالباً ما قد تثير من منازعات كُل ذلك يزيد من أهميَّة المُفاوضات التَّمهيديّة للتعاقد(1).

وعَقْد التَّفاوض يؤثر على حياةِ العَقْد قبل إبرامُه فقد يتخلل التَّفاوض عَيْب يَشُوب العَقْد الَّذي سيبرم في المُستقبل كالرِّضا والمحل والسَّبب، وما إذا كان هنالك إكراه أو غلط أو غيره، وبما أن التَّفاوض عملية تحضيرية بالنِّسبةِ للتشريع فيُمكن الرُّجوع إلى التَّفاوض لتفسير العَقْد إذا كان هنالك ضرورة.

وعَقْد التَّفاوض شأنُهُ كشأنِ أي عَقْد آخر من حيث أرْكانهُ، حيث يتوافر له التَّراضي من قبلِ أطراف التَّفاوض، كما أنَّ له محل يتمثل في تحديدِ شروط وأوضاعِ التَّفاوض، ولهذا العَقْد كذلك سبب باعث ودافع للطرفين هو إبرام العَقْد النّهائي(2).

وخُلاصة ما سبق فإن عَقْد التَّفاوض هو عَقْد يتم بتعهد الطَّرفين في التَّفاوضِ والوقوف على حيثيات العَقْد الَّذي سيبرم في المُستقبلِ لعدم حُصُول مشاكل مُستقبلية في هذا العَقْد.

### 1.1.2 خصائص التَّفاوض.

يعتبر التَّفاوض بأنَّه مرحلة تسبقُ إبرام العَقْد، لذلك فإنَّها تتميز بعدة ميزات سواء أكانت في المرحلةِ التَّفاوضيَّة أم كعَقْد تفاوض، وعلى ذلك سأقوم بتقسيم خصائص التفاوض إلى خصائص المرحلة التَّفاوضيَّة، وخصائص عَقْد التَّفاوض.

**أولاً: خصائص المرحلة التَّفاوضيَّة.**

إنَّ المرحلة التَّفاوضيَّة تتميَّز بالخصائص التالية:

**(1)** هي مرحلة تتكون من عدة مراحل، وهي تشخيص القضية التَّفاوضيَّة وتحديدها أي التَّعرف على جميعِ العناصر والعوامل المؤثرة في القضيةِ التَّفاوضيَّة أو الموضوع محور التَّفاوض واستكشاف نوايا واتجاهات الطَّرف الآخر بهدف التّوصل إلى

---

(1) لطفي، محمود حسام، المسؤولية المَدنيِّة في مراحل التّفاوض، دار النّهضة، الطَّبعة الاولى، القاهرة، 2009، ص2.

(2) قاسم، محمد حسن، مراحل التّفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، دِراسة مُقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص183.

نقطةِ التقاء المصالح؛ لتكون بمثابة الأرضية المُشتركة لبدء العملية وعادة تُساعدُ المُفاوضات والمباحثات أو اللقاءات التَّمهيديَّة في التَّعرفِ على نوايا الأطراف المُتنازعة، وفي تغيرِ اتجاهات وراء أطراف التَّفاوض، وتهيئة المناخ التَّفاوضي أو توفير المناخ المُناسب لبدءِ العملية التَّفاوضيَّة، وقبول الأطراف المتنازعة للتفاوض لاقتناعهم بأنَّ التَّفاوض هو الطريق الوحيد والممكن – أو الأفضل – لحل النِّزاع القائم، وبدء عمليات التَّفاوض وتعني هذه المرحلة بتحديد الأطراف التَّفاوضيَّة واختيار الاستراتيجيات والتَّكتيكات المُنَاسِبة وإجراء المُفاوضات والتَّوصُل إلى اتِّفاق، وقد يأخذ ذلك شكُل اتِّفاق مكتوب توقع عليه أطراف التَّفاوض وقد يكون غير مكتوب، وتقديم ومتابعة نتائج عملية التَّفاوض وتستخدم في هذه المرحلة عادة بعض المعايير للتأكد من تحقيقِ الأهداف[1].

**(2)** التَّفاوض على العَقْدِ ثنائي الجانِب على الأقل، فلا جدال من أن التَّفاوض على العَقْدِ هو ثنائي الجانِب بلا أدنى شك، أي أنَّهُ يتم من خِلالِ جانِبين أو أكثر بالنِّقاش والتَّحاور وجهاً لوجه أو بطريقة المراسلة، إذ لا يتصُور حدوث مُفاوضات مع النّفس؛ لأنَّ التَّفاوض يقوم أساساً على تقريبِ وجهات النَّظر المُختلفة والمَصالح المُتضاربة وهذا لا يُمكن تصُوره في الحالةِ الأخيرة [2].

(3) المُفاوضات علاقة اختيارية إرادية، إذ لا ينشأ مَوْقِف التَّفاوض ما لم تدخُله أطراف التَّفاوض برغبتها ودُون إرغام بل عن اقتناعٍ بأنَّ التَّفاوض سيؤدي إلى كسبٍ لكُل منها الآخر لهذا المقترحات، ومِن ثُمَّ قبولها أو رفضها أو تقديم مقترحات بديلة أو مضادة وأساس المُفاوضات وجُود قضية أو مُشكلة مُهمَّة يسعى كُل طرف من أطراف التَّفاوض من خِلال التَّحاور والتَّفاعل والإقناع إلى إيجادِ حل لها والتَّوصل إلى اتِّفاق مُعين تلتزم به الأطراف المُتفاوضة[3].

---

(1) أبو شيخة، نادر احمد، أصول التّفاوض، ص18.

(2) دودين، بشار محمود، المحاسنة، محمد يحيى، الإطار القانُوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، دار الثّقافة للنشر والتَّوزيع، عمان، 2010، ص90.

(3) أبو شيخة، نادر احمد، أصول التّفاوض، ص20.

(4) التَّفاوض مرحلة تُمهد لإبرام العَقْد فهو يهدفُ إلى الإعدادِ والتَّحضير لإبرام العَقْد النّهائي وان كان التَّفاوض لا يلزم الطَّرفين فإنَّهُ يهدف في النّتيجةِ إلى إبرامِ العَقْد بعد أن قام الطَّرفان بالتَّمهيد له في التَّفاوضِ للتوصلِ إلى اتِّفاقات مرحلية تقودُ الطَّرفين في النّهايةِ لبلورتها إلى اتِّفاق نهائي في المحصلةِ[1].

(5) يُستخدم في مجالاتٍ عِدة أهمها المجال التِّجاريّ والاقتصاديّ والمجال العسكريّ والمجال السِّياسي[2].

ونستنتج ممَّا سَبَق أنَّ هُنالك خصائص للتفاوض حيثُ يتم تبادُل الأفكار والآراء للوصُول إلى العَقْدِ المُراد إبرامُه ونجد هُنالك الكثير من الخصائصِ الَّتي لا يُمكن حصرُها دلالة على أنَّ مرحلة التَّفاوض هي مرحلة مهمَّة في الوصولِ إلى اتِّفاق، فكُل طرف يسعى إلى إقناع الآخر بما يجول داخل نفسه والتَّفاوض في الأصلِ يسعى إلى تقريب وجهات النَّظر، ويبدو أنَّ هذا الاتِّفاق غير ملزم لأيٍّ من الطَّرفين إلى إبرامِ العَقْدِ المراد الاتِّفاق عليه، فالتَّفاوض جاء لتسهيل العملية التَّعاقُديَّة ولوقف المخاطر الَّتي قد تعترض إبرام العُقود، وقد ذكرتُ سابقاً أنَّ التَّفاوض لهُ أهميَّة في تفسيرِ العَقْدِ، حيث يُقومُ القاضي بدراسةِ هذه الواقعة الماديَّة.

كما أنَّ للمُفاوضات لها أهميَّة تنبعُ من كونِها تلحقُ بالعَقْدِ باعتبارها جزءاً من العَقْدِ؛ للاستفادة منها لتكملةِ العَقْد كالإحالة إليها مثلاً فيما يتعلق بالأمر أو محل البيع أو غيره، ففي مثل هذه الحالات تُعدُّ المُفاوضات جزءاً لا يتجزأ من العَقْدِ[3].

**ثانياً: خصائص عَقْد التَّفاوض.**

إنَّ عَقْد التَّفاوض هو عَقْد يلتزم أطرافه بالدخول في مُفاوضات للوصولِ إلى الهدفِ أو نقطة الالتقاء وهو إبرام العَقْد أو عدم الوصول إلى حل.

ويتميزُ عَقْد التَّفاوض بأنَّهُ:

---

(1) دودين، بشار محمود، المحاسنة، ومحمد يحيى، الإطار القانُوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، دار الثّقافة للنشر والتَّوزيع، عمان، 2010، ص92.

(2) أبو شيخة، نادر احمد، أصول التّفاوض، ص22.

(3) دودين، بشار محمود، المحاسنة، ومحمد يحيى، الإطار القانُوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، دار الثّقافة للنشر والتَّوزيع، عمان، 2010، ص91.

(1) عَقْد التَّفاوض عَقْد حقيقي: حيث تتوافر فيه الأركان المُوضوعيَّة العامَّة اللازمة لتكوين أي عَقْد آخر، كالرضاء والمَحل والسَّبب، وعَقْد التَّفاوض هو عَقْد تمهيديّ، يراد به التَّمهيد والتَّحضير لإبرامِ عَقْدٍ آخر، فهو من قبيلِ الاتِّفاقات التَّمهيديّة الَّتي تسبقُ العَقْد النهائي وتُمهدُ له، حيثُ بمقتضاه تبدأ عملية المفاوضات بمراحلها المختلفة على نحوٍ يراد منه إبرام العَقْد، ويَتَرتَّب على هذه الخاصيَّة أنَّ عَقْد التَّفاوض لا يُلزم الأطراف بإبرامِ العَقْد النهائيّ بالفعلِ، وإنَّما يلزمهما في التَّفاوضِ على ذلك العَقْد فحسب، بغرض التَّوصل لإبرامهِ؛ فجوهرُ الالتزام الَّذي يفرضُه العَقْد هو التَّفاوض فقط من أجلِ الوصولِ إلى إبرامِ العَقْدِ النّهائيّ[1].

(2) عَقْد مؤقت بطبيعته، أيْ ليس معقوداً لذاته وإنَّما وُجِدَ بقصدِ تنظيم المُفاوضات؛ تمهيداً لإبرامِ عَقْد مُعين، لذلك فهو يدوم بدوام المُفاوضات، وينتهي أثره بانتهائها، سواء بإبرامِ العَقْدِ المنشود أو بعدم التَّوصِل إلى ذلك[2].

(3): يختلفُ عن الوعدِ بالتفضيلِ إذ أنَّ الوعدَ بالتفضيلِ لا يُلزم الواعد في التَّفاوضِ مع الموعد له بالفعل، بل يلزمه بتفضيله عن غيرِهِ، لكي يتفاوض معه عندما يقرر الواعد إبرام عَقْد مُعين في المُستقبلِ، أمَّا اتِّفاق التَّفاوض فيكون مُلزماً للطرفين في التَّفاوضِ حول العَقْد النّهائي[3].

(4) يتميزُ عَقْد التَّفاوض أو الاتِّفاق المبدئي عن الوعدِ بالعَقْدِ في أنَّ الوعدَ يُعدُّ قبولاً للعَقْد النّهائي أكان ذلك من جانِب الواعد في الوعدِ الانفرادي أم قبولاً متبادلاً في الوعدِ الملزم الجانِبين، في حينِ أنَّ الاتِّفاق المبدئي يُنشئ التزاماً في التَّفاوضِ فقط دُون تضمنه التزاماً بقبول العَقْد النّهائي [4].

---

(1) بارود، حمدي، نحو ارساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد، ص732.

(2) قاسم، محمد حسن، مراحل التّفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، ص90.

(3) محمد، حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، ص50.

(4) عبد العال، محمد حسين، التنظيم الإتفاقي للمفاوضات العقديّة، دار النّهضة العربية، القاهرة، 1998، ص96.

نستنتج مما سبق أنَّ عَقْد التَّفاوض يجبُ أن يكون هذا العَقْد متوافراً فيه أرْكانه الأساسية كأي عَقْد، ولكنَّ مُدة هذا العَقْد تنتهي بانتهاءِ الغرض الَّذي أنشئ من أجلِهِ، وأمَّا الاتفاق على عَقْدِ التفاوض وإبرامه او إبقائه فهو غير الزامي والهدف المُراد من ذلك توحيد وجهات النَّظر للوصولِ إلى عَقْدٍ نهائي.

## 1.2 الإلتزامات الناشئة عن التفاوض والإخلال بالتفاوض.

إنَّ الالتزام في التَّفاوضِ بحُسنِ نية يفرضُ على أطرافِ التَّفاوض أن يقيموا توازناً معقولاً بمبدأ الحُرية التَّعاقُدية، وأي إخلال من أي طرف بأي التزام من التزامات التَّفاوض يرتب عليه مَسؤوليَّة مدنيَّة، ولتوضيح الطَّبيعة القانُونيَّة للتفاوض لا بُدَّ من بحث الالتزامات في التَّفاوضِ، ومتى يكون هُناك إخلال في التَّفاوض، ولتحقيق الهدف البحثي قمت بتقسيم ذلك الى الالتزامات في التَّفاوضِ والإخلال في التَّفاوضِ.

### 1.2.1 الالتزامات النَّاشئة عن التَّفاوض.

بما أنَّ التَّفاوضَ مرحلةٌ تسبقُ العَقْد فهي ترتب على طرفي التَّفاوض التزامات ومَسؤوليَّة تقع عليهما، وهذه الالتزامات مبنية على مبدأ حُسن النَّية في التَّفاوضِ والصدقِ والأمانةِ وعدم ارتكاب أي إخلال قائم على الغِشِ والاحتيالِ، والتَّعامل بنزاهةٍ أثناء التَّفاوض، وعلى ذلك سوف أقوم بتقسيم هذا المطلب إلى الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات في التَّفاوضِ، والالتزام بالاستمرارِ في المُفاوضات، والالتزام بالإعلام، والتزامات أخرى.

**اولاً: الالتزام بالمُحافظة على سريةِ المعلومات في التَّفاوضِ.**

عند البدءِ في التَّفاوضِ فإنَّ المعلوماتِ والبياناتِ المتداولةُ بين الاطرافِ، إنَّما تدخلُ ايضاحاً لأمورِ العَقْدِ الَّذي سيتمُ إبرامُه بالمُستقبلِ، مثل بيان السَّلعة أو المنتج أو اي تفاصيل فنيَّة أو أسرار الأعمال، أو قد يكون هناك معلومات في حينِ إفشائها لا تشملُ عدم الالتزام في سرية المعلومات، مثل أن تكون هذه المسائل غير مشروعة مثل التَّهرب الجمركي.

وعادة ما يتفقُ أطراف التَّفاوض في اتِّفاقٍ خاصٍ بإدراجِ شرط عَقْد التَّفاوض على الالتزامِ بالحفاظِ على سريةِ المعلومات الَّتي تمَّ الإفصاح عنها أو الكشف عنها أثناء التَّفاوض، ونلاحظ أنَّ السِّرية بشكلٍ عام تعني حصر المعلومة المتعلقة بالتَّعاملات أياً كان صنف التّعامُلات فقد تكون الكترونيَّة أو تقليديَّة، وعدم نشرها إلَّا في نطاقٍ محدودٍ من الأشخاصِ، ذلك لأنَّ المعلومةَ غير السَّرية قابلة للتداولِ بعيدة عن أي حيازة[1].

والسَّرُ كما هو معروف لدينا وهو ما لا يجب إفشاؤه أو تناقُله بين الآخرين، فهو أمر سلبيّ يرتّب التزاماً بالمحافظةِ عليه، وقد عُرِّفَ السَّرُ **اصطلاحا** بأنَّهُ "واقعةٌ يحضُر نطاق العلم بها في عددٍ محدودٍ من الأشخاصِ، إذ كان ثمَّة مصلحة يعترف فيها القانُون لشخصٍ أو أكثر في أنَّ يظلُ العلمُ بها محصُور في ذلك النّطاق"[2]. لذلك فعادةً ما يتفقُ أطراف التَّفاوض بمُقتضى شرط السِّرية على المحافظةِ على سريةِ المُفاوضات ذاتها إلى المحافظة على سريةِ المعلومات الَّتي يتمُّ الكشف عنها خِلال مُفاوضات، وتظهر بالواقع أهميَّة شرط السِّرية الَّذي يُمكن الاتّفاق عليه والَّذي يكون مضمونه إبقاء مسالة التَّفاوض ذاتها طي الكتمان لمصلحة يُقدرها المُتفاوضان، فهنا فقد تظهرُ في اعتقادنا أهميَّة شرط السِّرية الَّذي يتفق عليه صراحة، ذلك أنَّهُ إذا كان مبدأ حُسن النّية يفرضُ على المُتفاوضِ المحافظة على الأسرارِ الَّتي يطلع عليها أثناء سير المُفاوضات فإنَّهُ في المقابل ليس مما يخالفُ حُسن النّية الكشف للغير عن وجُود التَّفاوض ذاته فإذا أراد طرفَيِّ التَّفاوض إبقاء التَّفاوض الدَّائر بينهما بعيداً عن علمِ الغير تعيَّنَ عليهما الاتّفاق صراحة على ذلك[3].

---

(1) حجازي، عبد الفتاح بيومي، التجارة الالكترونية وحمايتها القانُونيّة، الكتاب الثّاني، دار الكتب القانُونيّة، مصر، 2007، ص282.

(2) حسني، محمود نجيب، قانون العقوبات، دار النّهضة العربية، القاهرة، 1981، ص641.

(3) قاسم، محمد حسن، مراحل التّفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، ص206.

والالتزام بالسِّرية يقتضي الامتناع عن إفشاءِ الأسرارِ من معلوماتٍ وغيرها أو نقلها للغير سواء أثناء التَّفاوض أو بعده ويقتضي هذا الالتزام بالامتناع عن استغلالِ هذه الأسرار لحساب المُتفاوض دُون إذن صاحبها[1].

ليست كُل المعلومات المتبادلة في مرحلةِ المُفاوضات محلاً للسرية وإنَّما يقتصُر هذا الالتزام على نوعين من المعلومات؛ الأوَّل ويشملُ تلك الَّتي أسبغَ عليها صاحبها طابع السِّرية، والثَّاني يشملُ المعلومات الَّتي تكون بطبيعتها غير قابلة للنشر أو الإعلان، ومثال النّوع الأوَّل من المعلومات السِّرية والَّتي معيار السِّرية فيها هو الثِّقة المتبادلة الَّتي قامت بين الطَّرفين لغايات إبرام العَقْد، ومثالها إلحاق المالية للمنشأة إذ قد يطلب أحد الطَّرفين قرضاً أو يعلنُ أنَّهُ يسعى للاندماج في مؤسسةٍ أخرى توقِّياً للإنَّهيار المالي، فهو بإعلانه ذلك للطرف الآخر فقد وثق بأنَّهُ لن يستغل ذلك فتكون لهذه المعلومات طابع السِّرية[2].

وأمّا المعلومات الَّتي تأخذ بطبيعتها طابع السِّرية فإنَّها تشملُ كافة المسائل الَّتي يكون من شأن إعلانها بغير موافقة صاحب الشأن أن تُحْدِثَ ضرراً مادياً أو أدبياً فيدخلُ في ضمنها المعلومات ذات الطابع الشَّخصيّ، كأن يعلمُ المفاوض أن المالك لأغلب أسهم الشّرِكَة امرأة تربُطها برئيس الشّرِكَة علاقة زواج غير مشروعة لكنِّها غير معروفة[3].

كما تدخل المسائل الَّتي تتعلق بالأمور الصَّحية كالأمراض الَّتي يعاني منها المديرين أو المُتفاوضين وغيرها من المعلومات، ويُلاحَظُ أنَّ السِّرية ليست مُطلقة فهي ليست شرطاً وإنَّما هو مِعيار نسبيّ يختص به أشخاص مُعيَّنون بعدم الإفصاح عنها وتنحسرُ صفة السِّرية بهم.

---

(1) قصار الليل، عائشة، الخطوات القانُونيّة والإنشاء، ص33.

(2) راضي، روان عبدالمعطي سلامة، الجوانب القانُونيّة المُنظِّمة لمرحلة المفاوضات العقديّة، ص57.

(3) دسوقي، عبد إبراهيم، الجوانب القانُونيّة في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، الإدارة العامّة للبحوث مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، 1995، ص99.

وكذلك فإنَّ السِّرية لا تقتصرُ على الأشخاصِ المعنيين في التَّفاوضِ ، فقد يدخلُ بذلك الخُبراء والعاملون والمختصون في مجال العَقْد الَّذي سيبرم، سواء أكان هذا العَقْد تجاريّاً أم صناعيّاً وكذلك إذا كانت المعلومات غير مُذاعة بين أوساط الخُبراء في مجالٍ مُعين، فإنَّها تكون سرية ولو كانت هذه المعارف والمعلومات معلومة، وهي بذلك تحققُ السِّرية النَّسبية من حيث الموضوع بالإضافة إلى ما ذُكِر سابقاً بأنَّها سرية من حيث الأشخاص، وهنالك معلومات في مرحلةِ التَّفاوض تكون ذات قيمة اقتصادية.

ولذلك فإن طبيعة هذا الالتزام الَّتي تقضي أن يكون التزاماً بتحقيق نتيجة سواء اشترطت ذلك أم لم تشترط، لأنَّ الهدف من التزام المتلقي (طالب التكنولوجيا) بالحفاظِ على السِّريةِ في مرحلةِ المُفاوضات محدّد بحائز التّكنولوجيا بالحفاظِ على سريةِ البيانات أو المعلومات، وبالتَّالي فإن عدم إفشائها وانتشارها واستثمارها من قبل الغير دُون الحصول على ترخيص من قبله على ذلك، وإذا افترضنا أن طبيعة الالتزام هو بذل عناية، أو أنَّهُ لا ينشأ إلا إذا وُجِدَ نص قانُونيّ أو اتِّفاق يقضي بذلك.

فهنا ستنتفي الحكِمة، والهدف من هذا الالتزام بإمكانية إفشاء هذه المعلومة ووصولها لعلم الغير على الرغمِ من أنَّ المتلقي قد بذل العناية المطلوبة للحفاظ على سريتها وتنفيذ الالتزام، أو أنَّهُ لم يتقيد بهذا الالتزام بعدم وجُود نص أو اتِّفاق لهذا الالتزام[1].

والالتزام بالمحافظة على سرية التَّفاوض أو سرية المعلومات الَّتي يتمُّ الكشف عنها خِلال المُفاوضات هو التزام بتحقيق نتيجة، إذ لا يُمكن أن يبذل المُتفاوض بشأنها ما في وسعهِ لمنع إفشاء هذه السِّرية، وإنَّما يجب تحقيق النّتيجة ذاتها بالامتناع عن افشاءها وإلا تحققت المَسؤوليَّة[2].

وعلى ما سبق ذكره يبدو أنَّ الحفاظ على سرية المعلومات من حيث الأشخاص والموضوع هو التزام غير قابل للتجزئة، وأنَّ الالتزام بالحفاظ على السِّرية بمدة مُعينة يبقى معلقاً على طبيعة المعلومة السِّرية.

---

(1) الخفاجي، جعفر حمدي، ميثاق الالتزام بالسرية في مفاوضات العقود نقل التكنولوجيا، مجلة المحقق الحلي العدد الثّاني، السنة السادسة، ص373.

(2) قاسم، محمد حسن، مراحل التّفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، ص206.

**ثانياً: الالتزام بالاستمرار بالمُفاوضات.**

يظهر الالتزام بالاستمرار في التَّفاوض بوضوح في حالة الاتِّفاق على المسائلِ الأساسيَّة للتعاقد، سواء أكان كافياً لإبرام العَقْد النّهائي أم لا، ويلزم الأطراف بالالتزام في التَّفاوضِ(1).

ولا شك أنَّ استمرار المُفاوضات يستدعي بداية التزام أطراف التَّفاوض ببدء التَّفاوض؛ وذلك حتى تستمر بعد ذلك، ليتمَّ العَقْد الَّذي أُبرم من أجلهِ(2).

وإذا ما تولدت هذه الثِّقة بين الطَّرفين، ثمّ فوجئ أحد الطَّرفين بأن الطَّرف الآخر لم يكن جاداً معه، ولم تكن لديه أيةَ نية حقيقيّة للوصول إلى إبرامِ العَقْدِ، بل كانت أهدافه وغاياته بعيدة عن ذلك، وإنَّما استغل الثِّقة وحقق مراده، فعندها سيشعر الطَّرف الأوَّل بأنَّ ثقته أهدرت وما قد يلحقه أضرار تدفعه إلى طلب التَّعويض على أساس ما حدث من سوءِ نية لدى الطَّرف الآخر، وبسلوكه مسلكاً خاطئاً منه، وأنَّ وصول الأمر للقضاء يستدعي الأخذ بعين الاعتبار العامل المتمثِّل في حمايةِ الطَّرف الَّذي وثق بجدية المُفاوضات وعامل احترام حُرية الطَّرف في التَّعاقُد وعدم إجباره على قبول عَقْد لا يريده تحت تهديد الإلزام بالتَّعويض، وقد غلب العامل الثَّاني بداية انطلاقاً من الاحترام المطلق لمبدأ الإرادة، إلا أنَّهُ ومع تزايد الدعاوي القضائيّة نتيجة تكرار ووضوح سوء نية الطَّرفين بانسحابه المفاجئ من المُفاوضات حتَّمَ ضرورة الأخذ بالعاملِ الأوَّل وعلى محملِ الجد، فتعددت الشركات غير الجادة والَّتي ترمي الدعاية والإعلان بطريق مُفاوضات وهميَّة بعد نشر إعلانات لرغبتها بالتَّعاقُدِ(3).

وعلى ذلك نجد أنَّ الجدية في التَّفاوض هي الأصل للاستمرار في التَّفاوضِ للوصول إلى عَقْدٍ صحيح وعدم إلحاق الضَّرر بالطَّرف الآخر، ولكن قد يتسارع الجدية

---

(1) سمير، عبد السيد، نبيل، إبراهيم، النّظرية العامّة للالتزام، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، 1992، ص338 .

(2) إبراهيم، عمران، التزامات أطراف علاقات التجارة الدولية في مرحلة المفاوضات، الجزء الأول، بحث منشور على الانترنت، www.Ibrahimomran.com، ص3.

(3) دسوقي، محمد إبراهيم، الجوانب القانُونيّة في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، ص92.

في التَّفاوضِ مع احترام حُرية الطَّرف الآخر في التَّعاقُدِ فالقضاء أخذ بعاملِ الجديّة لأنَّهُ أكثر وضوحاً وشفافيَّة.

فالالتزام بالاستمرار في التَّفاوضِ هو في الأصل التزام ببذل عناية، وليس التزاماً بتحقيق نتيجة، لأنَّهُ ليس من الضرورةِ أن يتمَّ التَّوصل إلى إبرامِ عَقْدٍ، ولكن إذا اتجهت نية الأطراف إلى اعتبار العَقْد النّهائي مُنْعَقْد، حتى لو لم يتوصَّلا إلى اتِّفاق بشأنه فيعتبر التزاماً بتحقيق النّتيجة.

ومن الواضح أنَّ الالتزام بالاستمرارِ بالمُفاوضاتِ العَقْديَّة التزام يكون على طرف التَّفاوض، وأنَّ هذا الالتزام ليس بالضرورةِ الوصول إلى مرحلةِ انعقادِ العَقْدِ، وأنَّهُ يجبُ على الطَّرفين بأن يلتزما بعدم خروجهما على سلوكِ الرَّجُل المعتاد أثناء المُفاوضات، وكل هذا إذا لم يتمّ بالاتِّفاق إلى الوصولِ إلى المرحلة الأخيرة لإبرامِ العَقْدِ، فإن ذلك لا يتفق مع مبدأ سُلطان الإرادة وحُرية التَّعاقُد.

ويكون أساس إخلال الانسحاب غير المشروع من المُفاوضات هو الانسحاب بسوء نية، ويقع على الطَّرف المَضرُور إثبات سوء نية الطَّرف المُنسحب حتى يتمكن من الحصولِ على تعويضٍ مناسب(1).

**ثالثاً: الالتزام بالإعلام في التَّفاوض.**

الالتزامُ بالإعلام يعني أنَّهُ "الالتزام الَّذي يسبق التَّعاقُد بحيث يلتزم أحد طرفي العَقْد بإعلام الآخر عن البيانات الَّتي يجب توافرها في التَّعاقُدِ ليتمَّ إبرام عَقْد خالٍ من أي عيب وكامل بكافةِ مفرداته نتيجة الظُّرُوف واعتبارات مُعينة ترجع لطبيعة الشَّخص المُتعاقِد معه، أو لطبيعة العَقْد نفسه، أو لأيَّ اعتبار آخر يجعل من العَقْد مُستحيلاً إذا تمَّ كتمان بيانات محددة وضرورية في التَّعاقُد"(2).

---

(1) راضي، روان عبد المعطي سلامة، الجوانب القانُونيّة المنظمة لمرحلة المفاوضات العقديّة، ص54.

(2) المطالقة، محمد فواز، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، ص51.

والالتزام بالإعلام أو تقديم المعلومات هو التزام يقعُ على عاتقِ المُتعاقِد لتقديم المعلومات المألوفة الَّتي تهم المُتعاقِد الآخر معه في العَقْدِ، وذلك وفقاً لطبيعة العَقْد أو المعلومات الَّتي سيستفيد منها لكي يتخذ قراره بالقبول، وهو على بينة بظروفِ العَقْد[1].

ويتعين على المُتفاوض الإفضاء إلى الطَّرف الآخر بكُل ما لديه من بيانات ومعلومات تتعلق بالعَقْد وموضوع التَّفاوض حتى تستنير إرادة المُتعاقِدين، ويجب الإدلاء بالمعلومات كافة ما دامت لها أهميتها في التَّعاقُد حتى يتّسمَ التَّفاوض بالشّفافيةِ ويرتكز على المُصارحةِ والمُكاشفةِ[2].

ومن خِلال التَّعاريف السَّابِقة يتضح لنا أنَّ الالتزام بالإعلام هو أن يقدم أحد المُتعاقِدين بمعلومات وبيانات كاملة وضرورية لازمة للتعاقد، ليقع الرِّضا صحيحاً بكُل وضوح وشفافية، وإنشاء عَقْد صحيح وهو العَقْد المُزْمَع إبرامُه بالمُستقبل.

ويجبُ أن تترتب البيانات والمعلومات موضوع التَّفاوض بحسب أولوياتها في النّقاشِ وأهميتها في التَّعاقُد مما يتيح للطرفين أثناء التَّفاوض توفير الوقت والجهد وعدم الإسهام في مواضيع ثانوية بعيداً عن طاولةِ النّقاش والتَّفاوض[3].

من خِلال ما ورد سابقاً فإنَّ طرفي التَّفاوض يسعيان للوصولِ إلى الشّفافيةِ المُطلقة والمُصارحة، وبيان ما هو مخفي في كنفِ التَّعاقُد من خِلالِ الوفاء بالالتزامِ بالإعلامِ، فإذا تمَّ التَّعاقُد بتزويدِ شخص بمَوقِعٍ على الانترنت فإنَّهُ يتوجب على ذلك الشَّخص تقديم وصف كامل من مكوناته وأوصافه، والمُلحقات الَّتي ترتبط بهذا المَوقِع وألية استخدامه ومفاتيح التشغيل والرَّمز المصدري والشَّخصي وأساليب الصَّيانة، والحفاظ على المَوقِعِ وتقديم اكبر قدر ممكن من البيانات الكافية والموضوعيّة والصحيحة للمفاوض، وبيان العيوب الَّتي يُمكن حدوثها جراء التَّطورات الَّتي يسعى المزود بتجنبها[4].

---

(1) دسوقي، عبد إبراهيم، الجوانب القانُونيّة في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، ص76.

(2) بارود، حمدي، نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد، ص135.

(3) سلامة، احمد عبد الكريم، قانون العقد الدولي، ص84.

(4) المطالقة، محمد فواز، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، ص52.

أمَّا بالنِّسبةِ لفكرة أساس هذا الالتزام؛ فذَهَبَ البعض إلى أن فكرة الضّمان لهذا الالتزام باعتباره مفهوماً شاملاً لجميع الالتزامات الَّتي تستهدف تحقيق الغاية الموجُودة من العَقْد، كما ذهب البعض إلى الاعتمادِ على عدم المساس بشخص المُتعاقِد وما له تأثير بأساس الإعلام عن الخطرِ في البيع[1]، ومنهم من ذهب إلى الالتزام بما هو قائم على مبدأ حُسن النَّية وجانِب آخر قال أنَّهُ قائم على قواعدِ الأخلاق واعتبارات حماية الإرادة[2].

وتبرز أهميَّة الإعلام كالتزام من التزامات التَّفاوض بأنَّها تضع أطراف التَّعاقُد على سِكَّةِ الطريق الصحيحة للتفاهم ومناقشة هذه المعلومات سواء أكان الإعلام وجهاً لوجه، أم كان الإعلام عن طريق الإعلام الالكتروني، فالإعلام يحقق المساواة ويُعيدُ التَّوازن بين أطراف العَقْد، فهو يضمن رضا سليماً وإرادة واعية في العُقود.

أمّا عن مضمون الالتزام قبل التَّعاقُد؛ فليست كُل معلومة مهمَّة في العَقْدِ، وبالتالي فالالتزام بالإعلام قبل التَّعاقُد لا يشملُ جميع المعلومات الَّتي تهم الأطراف بحيث يتحتم على الطَّرف المعني بتقديمها أن يقدمها كافة[3].

ومع وجُودِ التزام على أحد أطراف المُفاوضات بأن يفصح عن معلومات للمتعاقد الآخر عن محلِ العَقْد وإحاطة علم الطَّرف الآخر بكُل حقيقته وطبيعته، وتحقيقه لالتزامه هذا بشقيه الإيجابيّ والسلبيّ، إلا أنَّ هناك من المعلومات الَّتي تتفاوت النَّظرة إلى أهميتها من شخصٍ إلى أخر فتكون مهمَّة لدى الطَّرف الَّذي يجهلها في التَّفاوضِ وغير مهمَّة في نظرِ الطَّرف العالم بها، وهنا ونظراً لنظرة الطَّرف العالم بها فإنَّهُ لن يقدم على إعلامِ الطَّرف الآخر الجاهل بها، بل هنا يجب على ذلك الطَّرف الآخر بالاستعلام بنفسه عن هذه المعلومات فيصبح الالتزام عليه بالاستعلام هو بنفسه عنها، إذ يصعبُ على الطَّرف الملزم بالإعلام معرفة كُل ما يريده الطَّرف الَّذي

(1) حداد، رومان منير، حسن النية في تكوين العقد، ص32.

(2) دسوقي، محمد إبراهيم، الجوانب القانُونيّة في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، ص76.

(3) حداد، رومان حداد، حسن النية في تكوين العقد، ص32.

سيتعاقد معه، كما أنَّ إلزام كُل متعاقد بإعلام الطَّرف الآخر بكُل المعلومات المتوافرة لديه دُون تمييز يخلق عدم التَّكافؤ بين الطَّرفين[1].

وأنَّ هذا الالتزام ليس التزاماً مُطلقاً في مَضمونه، بل يقتصر على حدٍّ مُعين من المعلومات المتصلة بالعَقْدِ الَّتي تكون مؤثرة في رضا المُتعاقِد الآخر الَّذي يجهل هذه المعلومات جهلاً مشروعاً، ولا يملكُ وسائل للاستعلام عنها من جانِبه كما يقيد هذا الالتزام في الحالات الَّتي يكون فيها المَدين ملزماً بعدمِ إفشاء المعلومات والبيانات الَّتي تُعدُّ سريّة استناداً إلى حُكم قانُونيّ أو اتِّفاق[2].

أمّا بالنِّسبةِ للتفاوضِ الإلكتروني كمثالٍ عن التَّفاوضِ، فإنَّ الفقه اعتبر الالتزام بالإعلام التزاماً ببذلِ عناية بحيث يلتزم المورد بتزويد العميل بكافةِ البيانات والمعلومات وملحقات المنتج وبيان طرق الاستعمال والمخاطر الَّتي يتجنبها، إلا أنَّ المُورِّد لا يكون ملزماً بضمانِ النَّتيجة، ويعود ذلك لعدمِ التزامِ العميل بِاتّباع البيانات وطُرق الاستعمال المرفقة مع الحل، وأمّا المورد فيكون هنا قد أوفى بالتزامه من خِلال بذل العناية الَّتي تفرضها عليه طبيعة مهنته كما أن الالتزام في هذه المرحلة غير ناتج عن اثرٍ عَقْديّ، بل سابق للتَّعاقد ولا يكون هنالك أي التزامٍ عَقْديّ على طرفيِّ العَلاقةِ[3].

كذلك فإنَّ الالتزام بالإعلام قد يأتي في مرحلةِ المُفاوضاتِ على العَقْد أيْ قبل التَّعاقُد كما ذكرنا سابقاً، وقد يأتي في مرحلةٍ بعد إبرامِ العَقْدِ مثل التَّعديل الخاص بتنفيذِ العَقْد كالتزامِ المُؤَمَّنِ له بالأداء للمُؤَمِّنِ بكُل الوقائع الَّتي تحدث أثناء العَقْد وكُل ما سَبَقَ فإنَّ هذا الالتزام هو التزام بتحقيقِ نتيجة.

---

(1) دسوقي، محمد إبراهيم، الجوانب القانُونيّة في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، ص81 وما بعدها.

(2) بارود، حمدي، القيمة القانُونيّة للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التّفاوض قبل العقديّة في مجال عقود التجارة الدولية، ص136.

(3) عزيز، شيرزاد، حسن النية في إبرام العقود، منشورات دار دجلة، الطَّبعة الأولى، الأردن، ص396.

**رابعاً: التزامات اخرى في التَّفاوض.**

تقوم بالأساس فكرة التَّفاوض على التَّعاون بين الأطراف للوصول إلى الاتِّفاق الَّذي سيصنع العَقْد بين الطَّرفين وهذا الالتزام يُسمى الالتزام بالتَّعاون، وأنَّ هناك التزام آخر هو النُّصح والإرشاد، والَّذي يتفاوت فيه أحد المُتعاقِدان في الخبرةِ، أو عدم التكافؤ فيلتجئُ الشَّخص المهنيُّ أو صاحبُ الخبرةِ مثل الشّرِكَة الَّتي تطرحُ علاجاً على الانترنت للشراء فإنَّ الشّرِكَةَ يجب أن تبيِّن النّصائحَ والإرشادات لهذا العلاج.

وكذلك فإن هنالك التزاماً بالإخلاص وهذا يعني؛ أنَّهُ يُمكن لأطراف عَقْد التَّفاوض الاتِّفاق على التزام أحدهما أو كلاهما، بأن يكشف للأخر كُل تفاوض يُمكن أن يجريه مع الغير بشأن العملية الَّتي تدور المُفاوضات بينهما بشأنها؛ أمّا بالنِّسبةِ لالتزام القصر، فيبدو ضرورياً بالنِّسبةِ لأحد المُتفاوضين التأكد من عدم وجُود مُفاوضات أخرى تتم مع غيره بشأن ذات العملية المُتفاوض عليها فيلجأ في مثل هذه الحالة إلى اشتراط عدم إجراء مُفاوضات موازية وهو ما يسمى بشرط العَقْد ليصبح بمقتضاه ممتنعا على الملتزم به إجراء تفاوض موازي مع الغير خِلال فترة مُعينة وإِخلاله بمثل هذا الالتزام يرتب مَسؤوليَّة عَقْديَّة(1).

### 1.2.2 الإخلال في التَّفاوض.

ولتوضيح هذا المطلب بشكل صحيح يجب الوقوف على صُورِ الإخلال في التَّفاوضِ وتحديد الأضرار الَّتي يتم التعويض بها في التَّفاوض وأساس الإخلال في التَّفاوضِ، وقد قمت بتقسيم ذلك إلى صور الاخلال في التَّفاوضِ، وأساس الاخلال في التَّفاوضِ، وألأضرار التي يتم التعويض عنها.

**أولاً: صُور الإخلال في التَّفاوض.**

إنَّ سلوك أطراف التَّفاوض يجب أن يكون على قدرٍ من النّزاهة والأمانةِ وعدم إتباع أي أسلوب فيه من الكذبِ والمراوغةِ، ولذلك فإنَّ الإدلاء بأية معلومة يؤدي إلى الاخلال في التَّفاوضِ القائم على الثقة والامانة.

---

(1) قاسم، محمد حسن، مراحل التّفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، ص208.

ويتمثل الإخلال من أطرافِ التَّفاوض بالدخولِ في الموعدِ المحدّد أو في المُدةِ المعقولة، فإنَّ مجرد الامتناع عن البدءِ في التَّفاوضِ يُعدُّ إخلالاً، وذلك لأنَّ الالتزامات بالدخول في التَّفاوضات هو التزام بتحقيق نتيجة طبقاً لما يراه أحد الباحثين[1].

ولهذا فإنَّ أي سلوك في عمليةِ التَّفاوض يجبُ أن لا يؤدي إلى إخلالٍ يضرُ بمصلحة أحد أطراف التَّفاوض، وفيما يلي سوف أعرض أهم صُور الإخلال في التَّفاوضِ.

(أ) الإخلال بمبدأ الثِّقة التَّعاقُدية: المقصود بالثِّقة في هذا الصدد والَّتي تبرر قيام الالتزام التَّعاقُدي بالإدلاء بالبيانات ليست مجرد اعتبارات حُسن النّية الَّتي يوجبها القانُون في تنفيذِ أي عَقْد بل هي نوع من الثِّقة الخاصة الَّتي تتوفر في بعضِ أنواع العُقود[2]:

1- الثِّقة المشروعة بسبب طبيعة العَقْد إمَّا لكون هذا العَقْد قائماً على فكرةِ التَّمثيل (النّيابة) أو على الاعتبار الشَّخصي أو على مبدأ حُسن النَّية قبل التَّعاقُد.

2- الثِّقة المشروعة بسبب صفة أو اعتبار في أحد المُتعاقِدين، ويبدو ذلك في عدم المساواة في العلمِ بين طرفي العَقْد نظراً لوجُودِ صفة أحد أطرافه ممَّا تجعله يستأثر بأمورٍ كثيرة نتيجة لذلك دُون المُتعاقِد الآخر فيلقي على عاتقه التزام بالإفضاء للطرف الآخر بها.

والثِّقة التَّعاقُدية هي أهم ركائز عملية التَّفاوض سواء بالإدلاء بالمعلومات والبيانات الَّتي يقدمها أحد أطراف التَّفاوض أم بعلم أحدهم عن طريقِ الظُّرُوف والملابسات الَّتي أحاطت بإبرامِ العَقْد.

(ب) الإخلال بالالتزامات التَّفاوضيَّة: وهي الإخلال بأيِّ التزام في التَّفاوضِ من الاستمرارِ في المُفاوضات، وكذلك المحافظة على سريّةِ المعلومات والالتزام بالإعلام والالتزام بالتَّعاونِ في المُفاوضات والالتزام بالنُّصحِ والإرشادِ والالتزام

(1) الاودن، سمير عبد السميع، خطابات النوايا في مرحلة التّفاوض على العقد، ص94.

(2) الاودن، سمير عبد السميع، خطابات النوايا في مرحلة التّفاوض على العقد، ص96.

بالإخلاصِ والالتزام بقصر التَّفاوض، يُعدُّ هذا خرقاً وإخلالاً في الالتزامات التَّعاقُدية في التَّفاوضِ وأي خلل في الالتزامات يحقق المَسؤوليَّة بإيقاع الضَّرر على الطَّرفِ الآخر .

**(جـ)** القطع التَّعسفي للمُفاوضات؛ تتعدَّد الأمثلة في التعسف في قطع المُفاوضات؛ ومن الأمثلة الإنهاء التّعسفي للمُفاوضات من خلالِ قطع المُفاوضات بصُورةٍ مُفاجئة وبقرارٍ منفردِ دُون مُبرر مشروع رغم بلوغها مرحلة مُتقدمة وعلم الطَّرف القاطع أنَّ التَّفاوض قد انعَقْد بمصاريف كبيرةِ من أجل إبرام العَقْدِ وتعمد الطَّرف القاطع ترك الطَّرف الآخر في حالةِ التَّفاوض بالنِّسبةِ لمصير المُفاوضات(1).

**(د)** السُّلُوك الخاطئ في التَّفاوضِ: تتعدَّد صُور الخاطئ الَّتي توقع في الإخلالِ الَّذي يوجب المَسؤوليَّة ومن أمثلةِ هذه الصُور مُفاوضات التجسس حيث يدخلُ الشَّخص التَّفاوض دُون نية حقيقية منه في التَّعاقُدِ وجل هدفه من دخولِها هو معرفة أسرار الطَّرف الآخر والإطلاع على أفكارِه إضافة إلى مُفاوضات الإعاقة الَّتي ترمي إلى تعطيل الطَّرف الآخر، وصرفِه عن إبرامِ صفقة أخرى إلى غيرِها من صُورِ السُّلُوك الخاطئ(2).

**ثانياً: أساس الإخلال في التَّفاوض.**

نظرية الإخلال في التَّفاوضِ نظرية واسعة تشملُ العديد من الحالات كوقوع أحد الطَّرفين بإخلال أثناء التَّفاوض يَتَرتَّب عليه إبطال العَقْد لاحقاً، وكذلك القطع التَّعسفيّ للمُفاوضات والإخلال بالالتزامات التَّعاقُديَّة واستفزاز المُتفاوض ودفعِهِ إلى قطعِ المُفاوضات والسُّلُوك الخاطئ في التَّفاوضِ(3).

ومعيار الإخلال في مثلِ هذه الحالات هو قلة الاحتراز وهذا يستنتجُ بشكلٍ موضوعيّ حيثُ يُؤْخَذُ من درجةِ العنايةِ المطلوبةِ تِبعاً للظروفِ والحالةِ الأساسيَّةِ للإخلالِ أثناء التَّفاوض، وهي إجراء المُفاوضات العَقْديَّة ثمَّ أنهائها من قبلِ أحد

(1) محمد، حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، ص61.

(2) محمد، حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، ص61.

(3) راضي، روان عبدالمعطي سلامة، الجوانب القانُونيّة المنظمة لمرحلة المفاوضات العقديّة، ص68.

الطَّرفين دُون موافقةِ الطَّرفِ الآخر وقبل الوصول إلى عَقْدٍ بينهما أي حالة القطع التّعسفيّ للمُفاوضاتِ[1].

أمّا بالنِّسبةِ للمشرع الأُردنيّ ففي نصّ المادَّة (134) من القانُونِ المدنيّ الأُردنيّ وهي عدم إجازة ناقص الأهلية للعَقْد والَّتي تنص على أنَّهُ "يَجُوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العَقْد غير أنَّهُ إذا لجأ إلى طرقٍ احتياليّةٍ لإخفاءِ نقصِ أهليتِهِ لَزِمَهُ التَّعويض".

فمِن خِلال هذا النَّص فقد أخذَ المشرع الأُردنيّ بالإخلال وهو تعويض الطَّرف الآخر في حالة إخفاءِ نقص الأهلية وكذلك الثِّقة بأهليةِ هذا الشَّخص.

**ثالثاً: الأضرار الَّتي يتم التَّعويض عنها في التَّفاوض:**

**(1)** نفقات التَّفاوض: تشملُ كافة النّفقات والمصاريف الَّتي تكبدها المُتفاوض المَضرُور في سبيلِ التَّفاوض والإعداد للعَقْدِ والدراسات الفنيّة وتقارير الخُبراء والسَّفر والإقامة والاتصالات، بالإضافةِ إلى الأضرار النَّاشئة عن إفشاءِ معلومات وبيانات عن استعمال مهارات التَّفاوض ولكي يجب تعويض تلك النّفقات إلَّا يكون سببها إخلال الدَّائن المَضرُور كما لو ثبت أنَّ هذه النَّفقات كان سببها خفته وسذاجته، فهنا لا يكون مِن حقه استرداد المصروفات من الطَّرفِ المسؤول، كما يجبُ ألَّا تكون تلك النَّفقات باهظة ومبالغاً فيها وخارجة عن المألوفِ.

**(2)** الوقت الضَّائع: يتمثل الوقت الضَّائع في السَّاعات أو الأيام أو الشَّهور الَّتي استغرقتها المُفاوضات دُون جدوى في المناقشاتِ أو التَّنقلات من مكانٍ إلى مكان أو من بلدٍ إلى بلد أخر[2].

**(3)** تفويت الفُرصة: يعتبر تفويت الفُرصة من الأضرارِ المتوقعة في مرحلةِ المُتفاوض حيث يؤدي فشل التَّفاوض عادة إلى حرمانِ المُتفاوض المعدول عنه من فُرصةٍ

---

(1) نصير، يزيد أنيس، مرحلة ما قبل إبرام العقد نظرية الخطأ أثناء التّفاوض والقطع التعسفيّ للمفاوضات، ص212.

(2) المطالقة، محمد فواز، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، ص68.

حقيقيةٍ وجادة لتحقيق كسب احتمالي، ويتمثل هذا الحرمان من إبرامِ العَقْد المُتفاوض عليه أو في إبرام عَقْد بديل مع الغير [1].

وفي نهاية هذا المطلب فإنَّ الضَّرر لا يتم التَّعويض عنه إلَّا إذا كان هُناك ضرر محقق أصاب المَضرُور بحيث يتساوى التَّعويض مع الضَّررِ، فلا يزيدُ عنه ولا ينقص، هذا بالنِّسبةِ للتعويض عن الوقت الضَّائع ونفقات التَّعويض.

والتَّعويض عن ضياعِ الفُرصة لا يبلغ حد التَّعويض عن المنفعة المتوقعة من العَقْدِ في حالِ تمامه، وإنَّما يقف عند نسبة تعينها درجة احتمال التَّعاقُد المصاحبة للمرحلة الَّتي وصلت إليها المُفاوضات[2].

---

(1) احمد، صليحة، آثار المسؤولية الناشئة عن إخلال التّفاوض بالتزامه بالتّفاوض بحسن نية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد العاشر، 2014، ص122.

(2) احمد، صليحة، اثار المسؤولية الناشئة عن اخلال التّفاوض بالتزامه بالتّفاوض بحسن نية، ص123.

## الفصل الثَّاني

## أساس المَسؤوليَّة في العُدُوْل عن التَّعاقُد

تتكون كُل مِن المَسؤوليَّة العَقْديَّة والتقصيريَّة من ثلاثةِ أرْكان هي؛ الإخلال أو الفعل الضَّار والضَّرر والعَلاقة السَّببيَّة بينهما، ولكنهما تختلفان في أنَّ المَسؤوليَّة العَقْديَّة تكون قائمة على الإخلالِ بالعَقْد، بينما المَسؤوليَّة التقصيريَّة تقوم على لإضرار.

وأمَّا موضوعنا أساس المَسؤوليَّة عن العُدُوْلِ في التَّعاقُدِ، والَّذي اسعى لبيانه فهو يُقسم إلى أساس المَسؤوليَّة في العُدُوْل عن التَّعاقُدِ أنَّها مَسؤوليَّة عَقْديَّة، وأساس المَسؤوليَّة في العُدُوْلِ عن التَّعاقُدِ أنَّها مَسؤوليَّة تقصيريَّة.

### 2.1 أساس المَسؤوليَّة في العُدُوْل عن التَّعاقُدِ أنَّها مَسؤوليَّة عَقْديَّة.

إنَّ المَسؤوليَّة العَقْديَّة تقومُ على أرْكانِ أساسية لها وهي الإخلال العَقْديّ الَّذي قامَ المَدين بانحرافِ سلوكه، أو عدم تنفيذ التزامه بالشكلِ الصَّحيح واحدث ضرراً للطرف الآخر، وهذا الضَّرر كان مُحقق الوقوع، وكان ضرراً مباشراً وكان هذا الضَّرر نتيجة للإخلال العَقْديّ تربطهما علاقة سببيَّة، وإنَّ الضَّرر العَقْديّ الَّذي حصل نتيجة للعُدولِ عن التَّعاقُدِ، ولبيان أساس المَسؤوليَّة في العُدُوْل عن التَّعاقُد على أنَّها عَقْديَّة، سوف أقوم بتقسيم ذلك الى أرْكان المَسؤوليَّة العَقْديَّة ومدى توافق المَسؤوليَّة العَقْديَّة مع العُدُوْلِ عن التَّعاقُدِ.

#### 2.1.1 أرْكان المَسؤوليَّة العَقْديَّة.

تُعرَّف المَسؤوليَّة العَقْديَّة أنَّها "واجب تعويض الضَّرر الَّذي نتج عن إخلالِ بالتزام عَقْديّ"(1)، والمَسؤوليَّة التَّعاقُدية هي "الجزاء الَّذي يرتِّبه القانُون على إخلالِ

(1) مرقس، سليمان، الوافي في شَرْح القانُون المَدنيِّ، الفعل الضّار والمسؤولية المَدنيِّة، المجلد الاول، الطَّبعة الخامسة، بدون سنة نشر، 1992، ص11.

المَدين بالتزامه التَّعاقُدي"[1]، ويتبين لنا أنَّ هذه المَسؤوليَّة تقومُ على عَقْدٍ انشأَ التزاماً ومن ثمَّ كان هناك إخلال بهذا الالتزام، لِذَا فإنَّ أرْكان المَسؤوليَّة العَقْديَّة تقومُ على الإخلالِ العَقْديّ والضَّرر والعَلاقة السَّببيَّة بينهما.

**أولاً: الإخلال العَقْديّ.**

اختلف شُراح القانُون المدنيّ في تعريفِ الإخلال العَقْديّ، فهناك من عرف الإخلال العَقْديّ بأنَّهُ "انحراف في سلوك المَدين بالالتزام لا يأتيه الرَّجُل المعتاد إذا وجد في نفسِ ظروف المَدين العادية"[2].

ويُعرفُ الإخلال العَقْديّ أنَّهُ "عدم تنفيذ المَدين لالتزامه النّاشئ عن العَقْدِ" [3].

ولكي تتحقق المَسؤوليَّة العَقْديَّة فلا بُدَّ من وفاءِ المَدين بالتزامه، سواء كان ذلك بتحقيق نتيجة أو بذل عناية ففي الالتزام بتحقيق نتيجة يلتزم المَدين بتحقيقِ نتيجة مُعينة بغض النَّظر عن الوسائلِ الَّتي تؤدي إلى هذه النّتيجة، مثال ذلك الالتزام بنقل المُلكية والالتزام بتوريد كمية مُعينة من سلعةٍ مُعينة، والالتزام بإقامة مَبنى مُعين والالتزام بالامتناع عن عملٍ مُعين، فالمقصود في هذه الالتزامات هو بتحققها وهي نقل مُلكية أو تسليم السَّلعة أو إقامة المَبنى أو الامتناع عن العملِ، فإذا لم تتحقق النّتيجة، فلا يكون الالتزام منفذاً؛ أمَّا في الالتزامِ ببذل عناية فلا يلتزم المَدين بتحقيق نتيجة مُعينة، وإنَّما يقتصُر التزامه على بذلِ جهد مُعين، لكي تتحقق نتيجة مُعينة فيكون محل الالتزام على بذل هذه العناية وليس تحقيق نتيجة فإذا قصَّرَ المَدين في بذلِ تلك العناية يعد مقصراً ومرتكباً للإخلالِ العَقْديّ الموجب للمَسؤوليَّة، ومثال ذلك التزام الطَّبيب بمعالجة المريض فهو يضمن تحقق الشِّفاء النّتيجة، وإنَّما يلتزم ببذل عنايته نحو تحقيق

---

(1) الذّنون، حسن علي، الرحو، محمد سعيد، الوجيز في النّظرية العامّة للالتزام، مصادر التزام، الجزء الأول، دار وائل للنشر والتَّوزيع، الطَّبعة الاولى، ص205.

(2) السّرحان، عدنان ابراهيم،خاطر، نُوري احمد، شَرْح القانُون المَدنيِّ، مصادر الحُقُوق الشّخصية، الالتزامات دِراسة مُقارنة، الطَّبعة الاولى، عمان، الدار العلمية للنشر والتَّوزيع ودار الثّقافة للنشر والتَّوزيع، 2002، ص313.

(3) السّنهُوري، عبدالرزاق، الوسيط في شَرْح القانُون المَدنيِّ، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الاول، بيروت، دار احياء التراث، دون سنة نشر، ص656.

الشِّفاء فإذا قصَّرَ في العلاجِ عُدُّ مسؤولاً، أمَّا إذا بذلَ عنايته ولم يتحقق الشِّفاء مع ذلك فلا يُعدُّ مسؤولاً [1].

ويُلاحظ أنَّ الالتزام يقوم إمَّا بتحقيق نتيجة أو بذل عناية فإذا لم تتحقق النّتيجة فإنَّهُ يسأل المَدين عن تنفيذِ التزامه، أمَّا في الالتزام ببذل عناية فإنَّهُ يطلب منه بذل العناية الواجبة ضمن مقدرته على تنفيذها، ويُعدُّ من قبيلِ التَّقصير إذا لم يبذل العناية المطلوبة.

وللإِخلال صُور متعددة فالإخلال بالتزام عَقْديّ يُمكن أن يكون بالامتناع عن تنفيذِ الالتزام أو التقصير في ذلك، وهذا الشَّائع في العُقودِ، وقد يكون بالتَّعدي أيْ القيام بعمل ما كان يجب أن يقوم به المَدين مثل القيام بالمنافسة رغم التزامه عَقْديَّاً بعدم القيام بها وهناك التزامات بعمل أو بامتناع، ويَتَرتَّب على الإخلال بها المَسؤوليَّة العَقْديَّة أيضاً ولكن لها خصوصيَّة مُعينة تستحق البحث، وهناك عدة أنواع للالتزام العَقْديّ وهو الإخلال بالالتزام العَقْديّ بالسَّلامةِ، والامتناع عن الإدلاءِ بالمعلوماتِ، وكذلك الإخلال بالتزام نقدي، وأيضاً بالالتزامِ العَقْديّ في المَسؤوليَّة عن فعل الأشياء وأخيراً الإخلال بالالتزام العَقْدي في المَسؤوليَّة عن فعل الغير [2].

**ثانياً: الضَّرر.**

لا يكفي وجُود الإخلال لقيام المَسؤوليَّة العَقْديَّة، ولكن ينبغي أن يَتَرتَّب على هذا الإخلال ضرر يلحق بالدَّائن وهو الأذى الَّذي يُصيبُ الدَّائن نتيجة لإخلال المَدين بالالتزام العَقْديّ الَّذي يتمثل بالمساس بحقٍ من حقوقه أو أية مصلحة مشروعة ناشئة عن العَقْدِ [3].

والضَّرر هو الأذى الَّذي يلحق الشَّخص في حقٍّ من حقوقه أو مصلحة مَشروعة له، والضَّرر روح المَسؤوليَّة المدنيّة وعِلتُها الَّتي تدور وجُوداً وعدماً فلا

---

(1) ابو السُّعود، رمضان، النّظرية العامّة للالتزام، ص235-236.

(2) السّرحان، عدنان ابراهيم، خاطر، نُوري احمد، شَرْح القانُون المَدنيِّ، مصادر الحُقُوق الشّخصية، ص314.

(3) السّرحان، عدنان ابراهيم، خاطر، نُوري احمد، شَرْح القانُون المَدنيِّ، مصادر الحُقُوق الشّخصية، ص311.

مَسؤوليَّة مدينة دُون ضرر مهما بلغت درجة جسامة الإخلال[1]، والضَّرر هو حدوث الضَّرر فإذا اثبت الدَّائن الإخلال ولم يُثبت الضَّرر لا تكون أمامنا مَسؤوليَّة عَقْديَّة[2].

وقد أشارَ القانُون المدنيّ الأُردنيّ إلى عناصرِ التَّعويض عن الضَّررِ عموماً ومِنهُ الضَّرر النّاشئ عن الإخلالِ بالالتزام العَقْديّ في نُصُوص متفرقة دُون أن يُبين مفهوم الضَّرر وأهمَّ النّصوص نص المادَّة (360) والمادَّة (363)، ولم يعَرّف النَّصان بشكل واضح الضَّرر، ونعتقد أنَّ المُشّرع الأُردنيّ يَقصدُ بالضَّررِ النّاشئ عن الالتزامِ عَقْديّ هو ما يُصيبُ الدَّائن من أذى نتيجة للإخلال بالالتزام العَقْديّ[3].

وقد قَضَتْ مَحْكمة التَّمييز بأنَّ الاجتهاد القضائيّ قد استقرَّ على أنَّهُ إذا كانت العَلاقة بين طرفي الدَّعوى هي علاقة تعاقديَّة وحدَّدَ العَقْد الالتزامات المُترتِّبة على كُل طرف تجاه الآخر ونكل أحد الأطراف عن تنفيذِ هذا الالتزام، فإنَّهُ ينبني على ذلك أنَّ التَّكييف القانُونيّ السَّليم للدعوى هو المُطالبة بالتَّعويض عن ضررٍ ناشئ عن الإخلالِ بالتزام تعاقدي وفقاً لأحْكام المَسؤوليَّة العَقْديَّة المنُصُوص عليها في المواد (364/360) من القانُون المدنيّ، ويكون التَّعويض الواجب الحُكم به في حالةِ ثبوت سببه هو الضَّرر المباشر الواقع فعلاً والمتوقع الحدوث ولا يُحُكم بالرِّبح والكسب الفائت كما هو حال الدعاوى المؤسسة على الفعلِ الضَّار، وذلك وفقاً لقرار مَحْكمة التَّمييز حقوق (2009/741) [4].

وهنالك نوعان من الضَّررِ الماديّ والمعنويّ، أمَّا المادي فهو ضرر يُصيبُ الدَّائن في ذمته المادية، وأمَّا الضَّرر المعنوي فهو يُصيبُ الدَّائن في شرفِهِ وسمعتِهِ وكرامتِهِ كالمساسِ بسمعة المؤلف إذا أحدث النّاشر تغييرات في مؤلفه، وهنالك الضَّرر

---

(1) الذّنون، حسن علي، الرحو، محمد سعيد،الوجيز في النّظرية العامّة للالتزام، ص208.

(2) السّنهُوري، عبدالرزاق، الوسيط في شَرْح القانُون المَدنيِّ، نظرية الالتزام بوجه عام، ص670.

(3) السّرحان، عدنان ابراهيم،خاطر، نُوري احمد، شَرْح القانُون المَدنيِّ، مصادر الحُقُوق الشّخصية، ص323.

(4) انْظُر: قرار مَحْكمة تمييز حُقُوق (هيئة خُماسيّة) رقم 2015/1212 تاريخ 2015/8/20 والمَنشور في مَوقِع قِسطاس.

الجسدي فهو الضَّرر الَّذي يُصيب الإنسان في جسمه كما هو الحال في عمليات التجميل الَّتي قد تؤدي إلى تشوهات في وجه الشَّخص أو في أحد أعضائه[1].

والضَّرر المادي ينقسم إلى نوعين الضَّرر المباشر وغير المباشر فالضَّرر المباشر هو الضَّرر الَّذي ارتبط بالإخلال ارتباط نتيجة لسبب، أي هو الضَّرر الَّذي نجم عن المباشرةِ، والضَّرر غير المباشر هو الضَّرر الَّذي لم يكن نتيجة مباشرة للإخلال وبعبارة أخرى هو الضَّرر الَّذي فصل بينه وبين الإخلال سبب أجنبيّ قَطَعَ الرَّابطة السَّببيَّة[2].

وبخصوص التَّعويض عن الضَّررِ الأدبيّ في القانُونِ المدنيّ الأُردنيّ فهنالك فريق يرى أنَّ القانون المدنيّ الأُردنيّ يعوضُ عن الضَّررِ الأدبيّ فيما يرى فريق ثانٍ غير ذلك ويستندُ الفريق الأوَّل إلى أنَّ نص المادَّة (267/1) والَّتي جاء فيها "يتناول حق الضَّمان الضَّرر الأدبيّ كذلك فكُل تعدٍّ على الغيرِ في حريته أو في عرضِهِ أو في شرفِهِ أو في سمعتِهِ أو في مركزِهِ الاجتماعيّ أو في اعتبارِهِ الماليّ يجعل المعتدي مسؤولاً عن الضّمانِ"، فيما ذَهَبَ الرَّأي الثَّاني إلى القولِ بأنَّ هذا النَّص جاء مقتصراً على المَسؤوليَّةِ التقصيريَّة دُون العَقْديَّة، لأنَّهُ ورد في سياقِ الحديث عن المَسؤوليَّةِ التقصيريَّة، كما أن أصحاب هذا الرَّأي دعموا رأيهم بقرار لمَحْكمة التَّمييز الموقرة جاء فيها "حيث وفقاً للمادة (363) من القانُون المدنيّ الأُردنيّ بأنَّ التَّعويض بما يساوي الضَّرر الواقع فعلاً اي لا يحُكم بالضَّرر الأدبيّ ولا بما فات من كسب أو ربح"[3].

وأنَّ المَسؤوليَّة الَّتي تترتَّب على أطرافِ العَقْد الملزم للجانِبين في حالِ تسبب أحد الأطراف بالضَّررِ للآخر نتيجة عدم قيامه بتنفيذ التزامه تحُكمها المَسؤوليَّة العَقْديَّة

---

(1) السّرحان، عدنان ابراهيم، خاطر، نُوري احمد، شَرْح القانُون المَدنيِّ، مصادر الحُقُوق الشّخصية، ص323.

(2) الذّنون، حسن علي، الرحو، محمد سعيد، الوجيز في النّظرية العامّة للالتزام، ص209.

(3) وفي تفصيل هذا الخلاف السّرحان، عدنان ابراهيم،خاطر، نُوري احمد، شَرْح القانُون المَدنيِّ، مصادر الحُقُوق الشّخصية، ص324.

ويكون الطَّرف المُخل بالتزامه مُلزم بضمانِ الضَّرر الواقع فعلاً حين وقوعه وذلك وفقاً لنص المادَّة (363) مِن القانُون المدنيّ. [1]

أمّا بالنِّسبةِ لشروط الضَّرر فهنالك عدة شروط وهي:

(1) أن يكون الضَّرر محققاً، ويُقصد بالضَّررِ الواقع أو المحقق الضَّرر الحال الَّذي تحقق فعلاً كما إذا كانت بضاعة قد اصابها تلف أثناء النّقل أو محقق مستقبلاً، أمَّا إذا كان الضَّرر غير مُحقق الوقوع في المُستقبل ولم يتحقق فعلاً فلا يُسمى الضَّرر المحتمل ولا يُعوض عن الضَّررِ المحتمل إلا إذا وقع، ومثال على ذلك أن يحدث المستأجر بالعين المؤجرة خللاً يخشى معه أن تنهدم العين[2].

(2) أن يكون الضَّرر مِباشراً أي أنَّ الضَّرر الَّذي يجبُ التَّعويض عنه في المَسؤوليَّةِ العَقْديَّة في القانُون المدنيّ الأُردنيّ يقتصر على الضَّررِ المباشر المتوقع الَّذي يكون نتيجة طبيعة للإِخلال ويُمكن توقعه وقت التَّعاقُد[3].

والقاعِدة في التَّعويضِ في نطاقِ المَسؤوليَّة التَّعاقُديَّة أنَّ التَّعويض مقتصر على الضَّررِ المادي المُباشر، إلا إذا صدر من المَدين غش أو خطأ جسيم، فعندها يُلزم بالتَّعويض عن الضَّررِ المباشر بشقيه المتوقع وغير المتوقع، والعمل في ذلك تتمثل في أن المَسؤوليَّة العَقْديَّة تنبعُ عن العَقْدِ فإرادة المُتعاقِدين هي الَّتي تحدِّد مداها، وقد افترض القانُون أنَّ هذه الإرادة قد انصرفت إلى جعل المَسؤوليَّة عن الضَّررِ مقصُورة على المقدارِ الَّذي يتوقعه المَدين، فهذا هو المقرر الَّذي يُمكن أن يفترض افتراضاً معقولاً أن المَدين قد ارتضاه، ويكون هذا الافتراض بمثابة شرط اتِّفاقي يعدل مقدار المَسؤوليَّة بقصرها على الضَّررِ المتوقع، ولكن لما كان هذا الشَّرط باطلاً في حالَّتي

---

(1) انْظُر: قرار مَحْكمة تمييز حُقُوق (هيئة خُماسيّة) رقم 2015/1160 تاريخ 2015/9/8 والمَنشور في مَوقِع قِسطاس.

(2) السّنهُوري، عبدالرزاق، الوسيط في شَرْح القانُون المَدنيِّ، نظرية الالتزام بوجه عام، ص681.

(2) ابو السُّعود، رمضان، النّظرية العامّة للالتزام، ص365.

(3) ابو السُّعود، رمضان، النّظرية العامّة للالتزام، ص365.

غش المَدين وخطئه الجسيم أصبح المَدين في هاتين الحالَّتين مُلتزم بالتَّعويضِ عن كُلِ الضَّرر المباشر متوقعاً كان أو غير متوقع[1].

**ثالثاً: العَلاقة السَّببيَّة بين الإخلال التَّعاقُدي والضَّرر.**

لا تقوم المَسؤوليَّة العَقْديَّة بمجرد توافر الإخلال والضَّرر، إنَّما يجب فضلاً عن ذلك أن يكون هذا الضَّرر ناتجاً عن ذلك الإخلال، اي أن يكون الإخلال هو السَّبب في تحقيقِ الضَّرر، وبعبارة أخرى يجب أن يرتبط الإخلال والضَّرر بعلاقةٍ سببيَّة، فإذا ارتكب المَدين إخلالاً لم يقم بتنفيذ التزامه المتفق عليه، وأثبت المَدين أنَّ الضَّرر الحاصل للدائن لا يرجعُ إلى هذا الإخلال فلا يُسأل عن تعويضه[2].

ولذلك لا يُسأل مرتكب الفعل إلا عن الضَّررِ الَّذي يعتبرُ نتيجة طبيعية لإخلاله، أي الَّذي لم يكن بإمكانه توقِّيه وأن يبذل في تجنبه جُهداً معقولاً يقاس بمقياس الرَّجُل العادي إذا وُجِدَ في الظُّرُوف نفسها[3].

### 2.1.2 مدى توافق المَسؤوليَّة العَقْديَّة مع العُدُوْل عن التَّعاقُدِ.

إنَّ المُفاوضات العَقْديَّة هي المرحلة الَّتي يتبادل فيها أشخاص العَلاقة المُستقبلية وجهات النَّظر، ويناقشون الشَّروط الَّتي يضعونها سوية بقصدِ تحديد محتوى العَقْد دُون أن يكون متأكدين من إبرامِ هذا العَقْد والوصول به إلى نهايتها[4].

والأصل أنَّ الحُرية في التَّعاقُدِ هي إعطاء الحُرية للأطراف في عملية التَّفاوض، فليس هناك إلزامية في مرحلة التَّفاوض مُقارنة مع مراحلِ إبرام العَقْد نفسه ولكن هذه الحُرية ليست مطلقةً، فقد يتعسف أحد الأطراف في قطعه للمُفاوضات مما قد يسبب ضرراً بالطَّرف المقابل.

---

(1) السّنهُوري، عبدالرزاق، الوسيط في شَرْح القانُون المَدنيِّ، ص263.

(2) الذّنون، حسن علي، الرحو، محمد سعيد، الوجيز في النّظرية العامّة للالتزام، ص312.

(3) الجبوري، المبسوط، آثار العقد وانحلاله، ص ٣61.

(4) نصير، يزيد أنيس، مرحلة ما قبل إبرام العقد، مجلة المنارة، جامعة آل البيت، العدد الثّالث عشر، ص132.

وذهب بعض الفقهاء إلى إنَّ المُفاوضات تكون ذات طبيعة عَقْديَّة، لأنَّ هناك تصرفاً قانُونيّاً ينشأ بين المُتفاوضين يُعدُّ هو مصدر الالتزام النّاشئ في مرحلةِ التَّفاوض والتزام التَّفاوض بحُسن نية، وما يقتضيه من استمرارِ المُفاوضات وعدم قطعها بشكل غير مشروع والتزام الإدلاء بالبيانات والتزام الحفاظ على السِّرية، وبذلك تكون المَسؤوليَّة عن الإخلال بهذه الالتزامات مَسؤوليَّة عَقْديَّة[1].

وقد ظَهَرَ هنالك اتجاهان لعملة واحدة وهي أنَّ المَسؤوليَّة السَّابِقة على إبرامِ العَقْد مَسؤوليَّة عَقْديَّة، ولكنها تختلف في أساس المَسؤوليَّة السَّابِقة على إبرامِ العَقْد وهو أنَّ هُنالك وجُود عَقْد ضمني أي أن يكون هناك مُفاوضات دُون أن يكون اتِّفاق صريح، وإذا حَصَلَ ضرر فيكون أساس المَسؤوليَّة هنا هو مَسؤوليَّة عَقْديَّة.

أمّا الاتِّجاه الآخر وهو أن هناك عقوداً ممهدة لإبرام العَقْد الأصلي، وكُل عَقْد ممهد لإبرامِ العَقْد الأصلي يكون الهدف منه الوصول إلى الاتِّفاق على العَقْدِ النّهائي، وأيْ ضرر يحصل في هذه المرحلة تكون عَقْديَّة وتطبق عليها المَسؤوليَّة العَقْديَّة، ولتوضيح نشوء هذه التّصرف القانُونيّ الَّذي يطابق الطَّبيعة العَقْديَّة على التَّفاوضِ هنالك رأيان:

**الرأي الأوَّل:** قال بهذا الرأي جانِب من الفقه بأنَّهُ يوجد عَقْد ضمني بين المُتفاوضين يلتزم بمقتضاه كُل واحد من المُتفاوضين تجاه الآخر بأن يكون في وضعٍ يسمح له بإبرامِ العَقْد موضوع التَّفاوض، والامتناع عن أي عمل يعوق إبرام هذه العَقْد، فإذا قطع المُفاوضات دُون عذر مشروع يكون قد اخلَّ بهذا الالتزام الَّذي يفرضه عليه العَقْد الضَّمنيّ، وبالتَّالي يسأل مَسؤوليَّة عَقْديَّة عن تعويضِ الضَّرر الَّذي لحق المُتفاوض الآخر [2].

وأمّا عن تكييفِ هذا الجانِب من الفقهِ لهذا الإخلال بأنَّهُ عَقْديّ على الرغم من عدمِ إبرام العَقْد أو بطلانه فإنَّهُ يستند إلى افتراض وجُود عَقْد ضمني مقترن بكُل تعاقد

(1) ابو زيد، محمد، المفاوضات في الاطار التّعاقُدي، مجلة العلوم القانُونيّة والاقتصادية، جامعة عين شمس، مصر، العدد الأول، سنة47، 2005، ص165.

(2) زكي، محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المَدنيِّة، الجزء الاول، القاهرة، 1978، ص133-134.

بمقتضاه يتعهد كُل شخص مقدم على التَّعاقُد بالطَّرف الآخر بصحة التّصرف بأنَّهُ لا يقوم من جانِبه سبب يوجب بطلان العَقْد، وبذلك يكون رضا المُتعاقِد الآخر في الوقتِ نفسه ايضاً قبولا ضمنياً لهذا التَّعهد، فيتم عَقْد الضّمان بإيجاب وقبول ضمنيين(1).

ومعيار الإخلال في مثلِ هذه الحالات هو قلة الاحتراز، وهذا يستنتج بشكلٍ موضوعي حيث يأخذ من درجة العناية المطلوبة تبعاً للظروف والحالة الأساسية الإخلال أثناء التَّفاوض هي حالة إجراء مُفاوضات عَقْديَّة ثمّ إنهائها من قبلِ أحد الطَّرفين دُون موافقة الطَّرف الآخر وقبل الوصولِ إلى عَقْدٍ بينهما، أي حالة القطع التعسفي(2).

ويُلاحظ أن هذا الجانِب من الفقهِ لم يشترط لنشوءِ المَسؤوليَّة في حالة انقطعت المُفاوضات، سواء أكان في تمامِ العَقْد الَّذي جرت المُفاوضات بشأنه، وقد اشترط كون المُفاوضات وصلت إلى مرحلةِ متقدمة جدا بحيث يُمكن القول أنَّ وقائعَ التَّفاوض وصلت بشكلٍ مستقرٍ وواضح.

وإنَّ مجرد إنهاء المُفاوضات بحد ذاته لا يرتب أيَّ مَسؤوليَّة، بل يجب أن يكون هذا الطَّرف قد أوهم الطَّرف الآخر بأنَّ العَقْد على وشكِ الإبرام(3).

و**الرأي الثَّاني**: أن الاتِّفاق على المُفاوضات هو مصدر الضَّمان المتبادل، لِذَا يشترط ألَّا يكون اتِّفاق باطل، وهو يكون باطلاً إذا استهدفت المُفاوضات إيجاباً ينُصبُ على تعاقدٍ يخالف النِّظام العام والآداب، إذ لا ضمان بالنِّسبةِ إلى نتيجةِ يحرمها القانُون وقد يكون هذا الاتِّفاق قابلاً للإبطال كما لو كان أحد طرفيه ناقص الأهلية، فلناقص الأهلية أن يقطع المُفاوضات في كُل وقت، وان يصل إلى تقرير مبدأ انعدام مسؤوليته بإبطال شرط الضَّمان كما أن للمُتفاوض حق الانسحاب من المُفاوضات بمجرد تبين حالة نقص الأهلية لدى المُتفاوض الثَّاني لإنَّ من مصلحته عدم الارتباط بالعَقْد ما دام سيف الإبطال مشهراً عليه قبل المُتفاوض نقص الأهلية الَّذي يستطيع في كُل وقت أن يبطل شرط الضَّمان المتبادل، ولكن إذا ارتفع سيفُ الإبطال لبلوغ

---

(1) السَّنهُوري، عبدالرزاق، الوسيط في شَرْح القانُون المَدنيِّ، ص67.

(2) نصير، يزيد أنيس، مرحلة ما قبل إبرام العقد، ص212

(3) نصير، يزيد أنيس، مرحلة ما قبل إبرام العقد، ص215 وما بعدها.

المُتفاوض سن الرَّشد أثناء المُفاوضات زال حق التَّفاوض الآخر في قطعِ المُفاوضات دُون تعويض[1].

ونادى جانِب آخر مِن الفقهِ بفكرة العَقْد التَّمهيديّ، ويرى أنَّهُ يوجد بجانِب العَقْد الأصلي عَقْد تمهيدي عبارة عن وعدٍ بالتَّعاقُدِ يتضمن تعهداً جدياً من جانِبِ الواعد ويثير مسؤوليته العَقْديَّة إذا صادف قبولاً من الطَّرف الآخر، وبالتَّالي تتحقق المَسؤوليَّة العَقْديَّة وإن لم يبرم العَقْد الأصلي[2].

والعَقْد المُمهد يرتبط بالمَسؤوليَّة المُترتِّبة على عدمِ الالتزام بما توصل إليه فانْ كنا أمام عَقْد تمهيديّ فإنَّ المَسؤوليَّة تكون عَقْديَّة بكُل ما تعنيه هذه الصفة، وما ترتبه من آثارٍ في إثباتِ الإخلال والضَّرر، وفي مدى التَّعويض في حين أنَّ خرق الاتِّفاق التَّمهيديّ لا يثير المَسؤوليَّة العَقْديَّة وإنَّما التقصيريَّة للطرف غير الملتزم، وبكُل ما يرتبه ذلك من آثار إثبات وجُود الالتزام والإخلال والضَّرر والرَّابطة بينهما وفي مدى التَّعويض[3].

ويتحدد الإخلال العَقْديّ في حالةِ عدم تنفيذ الالتزام الملقى على عاتقِ الطَّرف المُتفاوض، فقيام أيْ أطراف التَّفاوض يقطع المُفاوضات دُون سبب، فإنَّ هذا الطَّرف يكون قد ارتكب إخلالاً بحق الطَّرف الآخر يوجب عليه المَسؤوليَّة نتيجة عدم التزامه بمبدأ حُسن النَّية في التَّفاوضِ[4].

كما يتمثلُ الإخلال العَقْديّ في قيامِ أحد أطراف المُفاوضات بقطعها عندما يتبين له أنَّ مشروع العَقْد المنشود قد يؤدي إلى مخاطرٍ أو خسارةٍ قد تلحقُ به، أو أن

---

(1) زكي، صلاح الدين، تكوين الروابط العقديّة فيما بين الغائبين، دار النّهضة العربية، القاهرة، الطَّبعة الأولى، ص82-83.

(2) الصّادق المهدي، محمد نزيه، الالتزام قبل التّعاقُدي بالإدلاء بالبيانات العقديّة، الطَّبعة الأولى، دار النّهضة العربية، 1992، ص304.

(3) سالم، محمد عمر، الطّبيعة القانُونيّة للمسؤولية السّابِقة على التّعاقُد، 2010، بحث منشور على شبكة الانترنت مَوقِع منتدى المحامين العرب، ص8.

(4) دسوقي، محمد إبراهيم، الجوانب القانُونيّة في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، الإدارة العامّة للبحوث مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ص123.

يقوم بقطعِ المُفاوضات عندما يكتشفُ وجُود محادثات أخرى مع شخصٍ أخر، وإنَّها على وشك الانتهاء وتوفر له شروط أفضل(1).

أمّا مَوْقِف القانُون الأُردنيّ فقد نصَّ على مبدأ حُسن النَّية وقصر تطبيقهُ على مرحلةِ تنفيذ التزامات العَقْد دُون مراحل تكوينه كما القانُون الألماني إلا أن القضاء الأُردنيّ لم يصل إلى الحد الَّذي وصل إليه القضاء الألماني بخصوص تطبيقات مبدأ حُسن النّية، ومن جهةٍ أخرى أتى القانُون الأُردنيّ على قاعدةٍ عامة ألزم فيها بالتَّعويض عن الضَّررِ إذ أنَّ كُل إضرار بالغير يلزم فَاعِلهُ ولو كان غير مميز بتعويض الضَّرر وضمانه؛ ومَوْقِف القانُون الأُردنيّ المتمثل في الميلِ الأكبر إلى أحْكام المَسؤوليَّة التقصيريَّة في هذا الشأن والابتعاد عن أحْكام المَسؤوليَّة العَقْديَّة يأتي مَوْقِف طبق ما جاء في المادَّة (100) منه من أنَّ لحظة الانتقال من مرحلةِ المُفاوضات إلى مرحلةِ العَقْد، وهي اتِّفاق الطَّرفين على جميعِ المسائل الجوهريَّة للعَقْد المُزْمَع إبرامُه حتى لو لم يتمَّ الاتِّفاق على المسائلِ الثّانويَّة فيه وفي اللحظة الَّتي يتمُّ بها ذلك يصبح العَقْد ملزماً بجانِبين ودُونَ وجُود مثل هذا الاتِّفاق على المسائلِ الجوهريّة فإنَّ الطَّرفين يكونان في حالة تفاوض وهذا التّصرف غير قانُونيّ أي غير ملزم بحدِ ذاته، وهو أقرب إلى تبادلِ للآراء ووجهات النَّظر بين الأطراف بنية التَّعاقُد(2).

وقد قَضْت مَحْكمة التَّمييز بأنَّهُ يطابق القبول الايجاب إذا اتفق الطَّرفان على كُل المسائلِ الجوهريّة الَّتي تفاوضا فيها، أمَّا الاتِّفاق على بعضِ هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطَّرفين وذلك وفق أحْكام المادَّة (1/100) من القانُون المدنيّ(3).

وأخيراً يبدو أنَّهُ إذا كان هنالك عقود أوليَّة ممهدة أو كان هنالك اتِّفاق صريح للعَقْد المراد إبرامُه فإنَّ هذه المَسؤوليَّة تكون خاضعة لأحْكام المَسؤوليَّة العَقْديَّة، وأنَّ أيَّ عدول عن العَقْدِ المراد إبرامُه فإنَّها تكون مَسؤوليَّة عَقْديَّة.

---

(1) سالم، محمد عمر، الطّبيعة القانُونيّة للمسؤولية السّابِقة على التّعاقُد، ص6.

(2) نصير، يزيد أنيس، مرحلة ما قبل إبرام العقد، ص232.

(3) انْظُر: قرار مَحْكمة تمييز حُقُوق (هيئة خُماسيّة) رقم 2014/714 تاريخ 2015/1/5 والمَنشور في مَوقِع قِسطاس.

## 2.2 أساس المَسؤوليَّة في العُدُوْل عن التَّعاقُدِ أنَّها مَسؤوليَّة تقصيريَّة.

إنَّ أيَّ عمل يقوم به أطراف التَّفاوض إنَّما يَتَرتَّب عليه مَسؤوليَّة وأي ضرر يحصل لأحد أطراف عملية التَّفاوض يجب أن يكون هنالك مَسؤوليَّة تقام عليها ليجبر الضَّرر؛ وأي إخلال في عمليةِ التَّفاوض السابق على انعقادِ العَقْد المراد إبرامُه سوف يتم تطبيق قواعد المَسؤوليَّة على الطَّرف المخل، لهذا سوف أقوم بتقسيم ذلك الى أرْكان المَسؤوليَّة التقصيريَّة ومدى توافق المَسؤوليَّة التقصيريَّة مع العُدُوْل عن التَّعاقُد.

### 2.2.1 أرْكان المَسؤوليَّة التقصيريَّة.

تُعرَّفُ المَسؤوليَّة بأنَّها "التزام شخص بتعويضِ الضَّرر الَّذي سببه لشخص آخر"[1]، والمَسؤوليَّة التقصيريَّة تقومُ على فعلٍ أو عملٍ غيرِ مشروع يؤدي إلى الإضرارِ بالغيرِ في نفسه أو في ماله دُون أنْ يربطهما أيةَ علاقة تعاقدية فتنشأ مَسؤوليَّة الفاعل عن تعويض الضَّرر، أمَّا إذا تخلف أي شرط من شَّروط المَسؤوليَّة التَّعاقُدية انتفت وقامت المَسؤوليَّة التقصيريَّة كأن يكون الضَّرر الَّذي أصاب الدَّائن لم يقع بسبب الإخلال بأي التزام ناشئ عن العَقْد أو بسبب عدم وجُود عَقْد من الأساس[2].

ومصدر الالتزام في المَسؤوليَّةِ التقصيريَّة هو القانُون خِلاف المَسؤوليَّةِ العَقْديَّة الَّتي تستندُ إلى العَقْدِ وتقومُ المَسؤوليَّة التقصيريَّة بوجُودِ فعل أو عدم الالتزام بتحقيقِ نتيجة.

وعالج المُشَرِّع الأُردنيّ المَسؤوليَّة التقصيريَّة في البابِ الأوَّل الفصل الثَّالث تحت عنوان الفعل الضَّار وخصص لها المواد من المادَّةِ (256) إلى المادَّةِ (291)، ويُلاحظ أن اختيار القانُون الأُردنيّ موفق في هذا الشأن؛ لأنَّ عنوان الفعل الضَّار تعبير عن السَّببِ المصدري المُنشئ للالتزام الَّذي يَتَرتَّب عليه، أمّا المَسؤوليَّة

---

(1) سلطان، انور، المُوجز في النّظرية العامّة للالتزام، دِراسة مُقارنة في القانُونين المصري واللبناني، دار النّهضة للطباعة والنشر، بيروت،1983، ص327.

(2) العدوي، جلال علي، مصادر التزام، دِراسة مُقارنة في القانُونين المصري واللبناني، الدار الجامعية، 1994، ص296.

التقصيريَّة فهي تعبير عن الأثر وهو المسبب، ولا شك أنَّ التعبير عن السَّبب المُنشئ وهو المصدر في مقام البحث في مصادرِ الالتزام افضل عنوان يعبرُ عن السَّببِ أو الأثر المترتّب[1]، أمّا أرْكان المَسؤوليَّة التقصيريَّة فتقوم على الفعل الضَّار والضَّرر والعَلاقة السَّببيَّة.

**أولاً: الفعل الضَّار.**

اختلفت الآراء في تحديدِ معنى الفعل الضَّار فمنهم من قالَ أنَّ العمل الضَّار هو العمل الغير مشروع أو الإخلال بالثِّقة المشروعة أو هو الإخلال بالتزام سابق أو هو الاعتداء على حق يدركُ المعتدي فيه جانِب الاعتداء، أو هو الإخلال بواجب مع تبين هذا الإخلال غير أنَّ الَّذي استقر فقهاً وقضاءً في تعريفِ الفعل الضَّار وهو "إخلال الشَّخص بالتزام قانُوني مع إدراكه لهذا الإخلال وهذا الالتزام القانُونيّ هو دائماً التزامٌ ببذل عناية بمعنى أنَّ الشَّخص يتوخى في سلوكه اليقظة أو التَّبصُر حتى لا يضر بالغير فإذا انحرف عن هذا السُّلُوك وكان قادراً على التَّمييز، بحيث يدرك انحرافه هو الفعل الضَّار مستوجباً المَسؤوليَّة التقصيريَّة ومن هذا يتبين أن أرْكان الفعل الضَّار اثنين ركن التَّعدي وركن الإدراك[2].

والتَّعدي قد يكون عمدياً والمسالة العامّة هنا في تحديد المعيار الشَّخصي فإننا إذا أردنا أن نحكم على الفعل الضَّار وهل هو إخلال أو تعدي فإننا ننظر إلى ذات الشَّخص الَّذي وقع فيه الفعل فإذا كان شخصاً يقضا ما حاسبناه على كُل هفوة أو انحراف، أمّا إذا كان دُون مستوى الشَّخص العادي فإننا لا نحاسبه على انحراف إلا إذا كان كبيرا لا يصدر من أمثاله أمّا المعيار الآخر وهو المعيار المادي فإننا لا ننظر إلى شخص من صدر عنه الفعل، وإنما ننظر إلى شخص مجرد من نفسِ طائفة من صدر عنه الفعل ومن نفس ظروفه الخارجية لا الدَّاخلية[3].

---

(1) الزرقا، مصطفى احمد، الفعل الضّار والضّمان، دار القلم للطباعة والنشر، دمشق الطَّبعة الاولى، 1988، ص231.

(2) ابو السُّعود، رمضان، النّظرية العامّة للالتزام، دار المطبوعات الجامعية للنشر، 2002، ص 330 وما بعدها.

(3) الذّنون، حسن علي، الرحو، محمد سعيد، الوجيز في النّظرية العامّة للالتزام، ص243.

فأيْ طرف من أطرافِ التَّفاوض قام بالإخلالِ أو التَّعدي فإنَّهُ يحاسب شخصياً عن إخلاله أو تعديه حسب الظُّرُوف المُحيطة به.

**ثانياً: الضَّرر.**

يعرَّفُ الضَّرر أنَّهُ "ما يُصيب الإنسان في شرفه أو اعتباره أو عاطفته أو في حقٍ من حقوقه الأدبيّة الَّتي لا تقوم بحال"؛ ويُعرَّفُ ايضاً الضَّرر أنَّهُ "الأذى الَّذي يُصيبُ الإنسان أو الشَّخص بمجرد المساس بحقٍ من حقوقه التَّعدي أو بمصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقة بسلامةِ جسمه أو عاطفته أو حريته أو شرفه أو اعتباره أو ماله أو غيره"[(1)].

أمّا القانُون الأُردنيّ فقد نص على الاضرار من الموادِ (256) إلى المادة (292) وعموم الضَّرر واجب التَّعويض يقتضيه عموم المبدأ الَّذي اخذ به القانُون المدنيّ، ففي نص المادَّة (256) والَّتي تنُصُّ على أنَّه "كُل إضرار بالغير يلزم فَاعِلهُ ولو غير مميز بضمانِ الضَّرر".

وقد قَضْت مَحْكمة التَّمييز بأنَّهُ يلزم كُل من أضر بالغير بالتَّعويض حيث أنَّهُ يكون قد توافر عنصر الفعل والضَّرر وعلاقة السَّببيَّة، وبالتالي يوجب التَّعويض وفقاً لأحْكام المادَّة ( 256) من القانُون المدنيّ[(2)].

ويبدو أنَّ الضَّرر هو إلحاق خسارة قلت أو كثرت في مصلحةٍ مشروعة سواء بالنّقصِ أو التلفِ. ومن شروط الضَّرر أن يكون مُحققاً أي أنَّهُ ثابت على وجهِ اليقين وقد وقع فعلاً[(3)]، والضَّرر يكون مُحققاً إذا كان حالاً أي وقع فعلاً كأن يكون المتضرر قد قتل فعلاً أو أصيب بجرح أو تلف ماله، كما يكون الضَّرر مُحققاً إذا كان محقق الوقوع في المُستقبلِ والضَّرر في المُستقبلِ، وهو ذلك الضَّرر الَّذي تقومُ أسبابه في الحالِ، وتتراضى آثاره إلى المُستقبل، أمَّا الضَّرر المحتمل فيفترق عن الضَّررِ المُستقبل

---

(1) الصّدة، عبدالمنعم فرج، مصادر الالتزام، دار النّهضة، القاهرة، 1992، ص448.

(2) انْظُر: قرار مَحْكمة تمييز حُقُوق (هيئة عامّة) رقم 2014/3713 تاريخ 2015/2/4 والمَنشور في مَوقِع قِسطاس.

(3) العامري، سعدون، تعويض الضَّرر في المسؤولية التّقصيريّة، منشورات مركز البحوث القانُونيّة، 1981، ص6.

في أنَّ الضَّرر الأخير محقق الوقوع، ولذلك يجبُ التَّعويض عنه، أمَّا الضَّرر المحتمل فهو غير محقق الوقوع فقد يقع وقد لا يقع، وعلى ذلك لا يصلح التَّعويض عنه وإنَّما يجبُ الانتظار حتى يقع ، وكذلك من شروطِ الضَّرر أن يكون الضَّرر مباشراً وانَّ الضَّرر المباشر هو ما كان نتيجة طبيعته للفعل الَّذي أحدثه المسؤول وهو وحده الَّذي تقوم علاقة السَّببيَّة بينه وبين فعل المسؤول وبالتالي يجب التَّعويض عنه(1).

كذلك ومن شروطِ الضَّرر أن يكون شخصياً لمن يطالب بتعويضه، والمُطالبة بالتَّعويض عن الضَّررِ الَّذي لحق بالشَّخصِ الطبيعي هو أمر مُسَّلمٌ به، فهو أيضاً جائز بالنِّسبةِ للشخص المعنوي وهو لا يتعارض مع حق الشَّركات والمؤسسات وكُل شخص معني في المُطالبة عن ما اصابه من ضرر شخصي مادي أو أدبي(2).

ويجب أن يُصيب الضَّرر حقاً مكتسباً أو مصلحه مشروعة للمتضرر، ولا يكفي أن تكون للمتضرر مصلحة حتى يتسنى له المُطالبة بالتَّعويض، بل لا بُدَّ من أن تكون هذه المصلحة مشروعة فإذا كانت هذه المصلحة تقوم على أساس يتنافس مع الأخلاقِ والآداب ولا يقرها القانُون فهنا لا مجال للتعويض عن المساسِ بها(3).

والضَّرر يجب أن لا يكون قد سبق تعويضه، فمن البديهي أنَّهُ لا يَجُوز لشخص أن يرفع دعوى للمُطالبة بالتَّعويض مرتين في ذات الموضوع ولذات السَّبب ضد ذات المسؤول، لأنَّ ذلك يتناقض مع حُجية الأمر المقضيّ به لاتّحاد الخصوم والسَّبب الموضوع (4).

**ثالثاً: العَلاقة السَّببيَّة بين الفعل والضَّرر.**

الرَّابطة السَّببيَّة هي تلك الرابطة الَّتي تربط الفعل بالضَّرر أي أنَّها تجعل الضَّرر نتيجة للفعل الضَّار بمعنى آخر، أنَّها تعني إثبات أن الضَّرر الَّذي أصاب

(1) ابو السُّعود، رمضان، النّظرية العامّة للالتزام، ص387.

(2) العامري، سعدون، تعويض الضَّرر في المسؤولية التّقصيريّة، ص43.

(3) سلطان، انور، مصادر التزام في القانُون المَدنيِّ، الطَّبعة الاولى، منشورات الدار الجامعية، عمان، ص329.

(4) اللصاصمة، عبدالعزيز، المسؤولية المَدنيِّة التّقصيريّة(الفعل الضّار)الدار العلمية الدولية ودار الثّقافة للنشر والتَّوزِيع، 2002، ص131.

المَضرُور كان بسببِ فعل المدّعي عليه، وأنَّ الفعل المذكور هو الَّذي أحدث الضَّرر، وهي ركن المَسؤوليَّة المدنيَّة كُلها (عَقْديَّة وتقصيريَّة) بل إنَّها ركن في المَسؤوليَّةِ حتى عند أولئك الفقهاء الَّذين يأخذون بالمَسؤوليَّة الشَّيئية أو الماديَّة الَّتي لا تقيم وزناً لركن الفعل الضَّار، فعندهم لا بُدَّ لقيام المَسؤوليَّة من وجُودِ رابطة بين الفعل الضَّار وبين الضَّرر[1].

ويُمكن أن تُعرَّف علاقة السَّببيَّة بأنَّها "الرَّابطة المحققة والمباشرة ما بين الفعل المنتج للمَسؤوليَّة والضَّرر الواقع"[2].

ويقع على المدعي وهو المَضرُور في المَسؤوليَّة عن العملِ الشَّخصي عبءُ إثبات علاقة السَّببيَّة بين الفعل الضَّار والضَّرر، ولكن هذه السَّببيَّة يفترض توافرها إذا قام المدعي بإثبات وجُود الفعل الضَّار والضَّرر، وليس معنى ذلك أن المدعي يعفى من إثبات السَّببيَّة، وإنما المقصود هنا هو أن إثبات الفعل الضَّار والضَّرر يُعدُّ كافياً لافتراض ثبوت السَّببيَّة بينهما، ولذلك طبقاً للقواعد العامَّة في عبئ الإثبات[3].

### 2.2.2 مدى توافق المَسؤوليَّة التقصيريَّة مع العُدُوْل عن التَّعاقُد.

عند قيام أحد أطراف التَّفاوض بالإخلالِ بالالتزامات المُترتِّبة عليه أثناء المُفاوضات التَّعاقُدية ونشأ عن ذلك حصول ضرر للطرف الآخر، فإنَّهُ يشترط وجُود علاقة سببيَّة بين الفعل الضَّار الحاصل من الطَّرفِ المخل بالتزاماته وبين الضَّرر الحاصل للطرف الآخر، وأنَّ المَسؤوليَّة في هذه الحالة تقوم على أساس الإخلال بالتزام بواجب تعاقدي وبما أننا لا زلنا في مرحلة إبرام العَقْد ولم ينعَقْد لغاية الآن، فإننا سنقوم

---

(1) الذّنون، حسن علي، الرحو، محمد سعيد، الوجيز في النّظرية العامّة للالتزام، ص284.

(2) السّرحان، عدنان ابراهيم، خاطر، نُوري احمد، شَرْح القانُون المَدنيِّ، مصادر الحُقُوق الشّخصية، ص441 .

(3) ابو السُّعود، رمضان، النّظرية العامّة للالتزام، ص362.

بتطبيق قواعد المَسؤوليَّة على الطَّرفِ المخل بالتزامه والَّذي سبب ضررا للطرفِ الآخر وهذه المَسؤوليَّة هي الَّتي تنتج عن الفعل الضَّار، وتسمى المَسؤوليَّة التقصيريَّة[1].

وتعد المُفاوضات أعمالا مادية غير ملزمةٍ ولا يَتَرتَّب عليها في ذاتها أيَّ اثر قانُوني اذ أنَّ كُل متفاوض حرٌّ في قطعِ المُفاوضات دُون مَسؤوليَّة، وهو غير مُطالب بتقديمِ المُبرر لانسحابِهِ منها؛ وبالتالي لا التزام مترتب على الطَّرفين. والعُدُوْل عن التَّفاوض لا يكون سببا للمَسؤوليَّة إلا إذا كان متعسفاً في الانسحابِ[2].

وأيُّ عمل مادي في عمليةِ التَّفاوض لإبرامِ العَقْد ليس فيه إلزمية مُطلقة، وإنَّما هو التزام مَصون بحُسنِ النَّية، ويجب أن لا يكون هذا الانسحاب ضاراً بالطَّرفِ الآخر.

وإذا اجتمع أطراف التَّفاوض حول مائدة التَّفاوض نتيجة لتوجه دعوى مجردة لبدء التَّفاوض ولم يقوموا بإبرامِ أي اتِّفاقات تنظيميَّة لعملية التَّفاوض ففي هذه الحالة تكون القواعد العامَّة للمَسؤوليَّةِ التقصيريَّة هي الضَّابط لهذه المرحلة ففي قيام أحد أطراف التَّفاوض بالعدول عن المُفاوضةِ، وكان فعل عدوله مقترناً بحرق الالتزامات المنبثقة عن مبدأ حُسن النّية فيكون بعدوله هذا قد ارتكب فعلاً ضاراً، وعلى المُتفاوضِ الآخر أن يُثبت بأنَّ فعل العُدُوْل لم يكن مشروعاً وقد أخلَّ بواجب التزام بحُسن نية، وكذلك عليه أن يُثبت أنَّهُ قد ألحقَ به الضَّرر من إجراء فعل العُدُوْل وبالطبع فإنَّ العَلاقة السَّببيَّة مفترضة بين الفعل والضَّرر[3].

ويُمكن القول أنَّ الالتزام الأساسي الَّذي ينشأ عن المُفاوضات باعتبارها وقائع مادية هو الالتزام بحُسن نية، ويتفرع هذا الالتزام بحُسن النِّية التزامات ثانوية تستند إليه

---

(1) بارود، حمدي، القيمة القانُونيّة للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التّفاوض قبل العقديّة في مجال عقود التجارة الدولية، ص122.

(2) خاطر، صبري حمد، قطع المفاوضات العقديّة، مجلة كلية الحُقُوق، جامعة النهرين، المجلد الاول، العدد الثّالث، 1997، ص131.

(3) الاهواني، حسام الدين،النّظرية العامّة للالتزام،الطَّبعة الثّانية، بدون سنة نشر، ص16.

وتضعه موضع التَّنفيذ وهي الالتزام بالإدلاء بالبيانات والالتزام بالمحافظة على السِّرية[1].

وجوانب الفعل الَّذي يشكُل إضرراً إمَّا أن يكون تجاوزاً للحدِّ الواجب الوقوف عنده أو ان يكون تقصيراً عن الحق الواجب الوصول إليه، فهو تجاوز أو انحراف عن السُّلُوك المعتاد يؤدي إلى الإضرارِ بالآخرين[2].

وأجد أن الضَّرر إذا وقع سواء أكان قد تجاوز الحدَّ الواجب الوقوف عنده أو انحراف عن السُّلُوكِ فهذا يكون من جراءِ الفعل الضَّار الَّذي وقع فيه أحد أطراف التَّفاوض، وهذا الفعل الضَّار هو واقعة ماديَّة اقترنت بخرق التزام، وفعلُه يُعدُّ غير مشروع فتكون هنا أمام فعل ضار وضرر وعلاقة سببيَّة.

وهذا العمل المادي الَّذي لا يرقى إلى مصاف التّصرف القانُونيّ لا يَتَرتَّب عليه أثرٌ قانُوني فهذا غير ملزم لأيٍّ من أطرافه بضرورةِ التّوصل إلى اتِّفاق، إذ أنَّ المُفاوضات باعتبارها وقائع مادية تستند إلى مبدأ حُرية التَّعاقُد، وتقتضى هذه الحُرية عدم إجبار المُتفاوض على إبرامِ العَقْد فيستطيع كُل واحد من المُتفاوضين أن يعَدَل عن المُفاوضات ولا يخشى تحقق مَسؤوليَّة، اذ أن العُدُوْل عن التَّفاوضِ لا يصلح بذاته سبباً للمَسؤوليَّةِ وإمعاناً في الحُريةِ فإن المُتفاوض غير مُلزم بتقديم مُبرر لعدوله لإنَّ الالتزام بتقديم المُبرر لعدوله يُعدُّ من سبيلِ ترتيب الآثار على المُفاوضةِ، كما أن تقديم المُبرر يتعارض مع حُريةِ العُدُوْل عن التَّفاوضِ، لأنَّ المقصود بحُرية العُدُوْل هو العُدُوْل في أي وقت[3].

ولا شك أن المَسؤوليَّة هُنا مَسؤوليَّة تقصيريَّة ما دام العَقْد لم يبرم بعد، ولذلك يجب على الطَّرفِ الَّذي يدعي تضرره من قطعِ المُفاوضات أن يُثبت الفعل الضَّار للطرف الآخر الَّذي عَدَل عن المُفاوضات، ويُثبت وجُود ضرر إصابة والعَلاقة السَّببيَّة

---

(1) بارود، حمدي، القيمة القانُونيّة للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التّفاوض قبل العقديّة في مجال عقود التجارة الدولية، ص135.

(2) نصير، يزيد أنيس، مرحلة ما قبل إبرام العقد، ص233.

(3) الجبوري، ياسين، المبسوط في شَرْح القانُون المَدنيِّ، ص198.

بين الفعل والضَّرر أي يكون الضَّرر نتيجة طبيعية ومباشرة للفعل المُتفاوض الَّذي قطع المُفاوضات كي يحصل على تعويضٍ[1].

وفي قرار لمَحْكمة التَّمييز الأُردنيّة جاء فيه يكون مقدار التَّعويض النّاتج عن الضَّررِ متناسبٌ مع درجةِ ما لحق المَضرُور من ضرر، وذلك وفقاً لأحْكام المادَّة (266) من القانُون المدنيّ[2].

وجاء مبدأ حُرية التَّعاقُد على عدم إجبار المُتفاوض على إبرام العَقْد وكُل طرف من أطراف التَّفاوض يستطيع أن يعَدَل عن إبرامِ العَقْد في أي وقت ولا يلحقه أي مَسؤوليَّة ولا يجبر على تقديم عذر عن عدوله، أمّا إذا كان هنالك مَسؤوليَّة فعلى الطَّرف المتضرر أن يدعي تضرره ويُثبت فعل الآخر من أجلِ حصوله على تعويضٍ سواء ما لحق المَضرُور من ضرر أو بما فاته من كسب نتيجة الفعل الضَّار.

وفي الحقيقة يمس فعل العُدُوْل فقط هو الَّذي قد يلحق الضَّرر بالمُتفاوض الدَّائن بل قد يلحق به الضَّرر أي فعل آخر يقوم به الطَّرف الآخر ويجعل هذا الأخير مسؤولاً عن التَّعويض مثل قيام أحد المُتفاوضين بتقديم مقترحات غير جديةٍ وبعيدةٍ كُل البعد عن الواقع فيكون بذلك قد أَخلَّ بضرورة التَّعاون مع الطَّرفِ الآخر، وذلك دُون قيامه بالعُدُوْل عن التَّفاوض[3].

وقَضْت محكمة التَّمييز أنَّ المَسؤوليَّة التقصيريَّة تثبت بمجردِ توافر الضَّرر دُون الفعل الضَّار حيث جاء فيه يستفاد من نص المادَّة (256) والمادَّة (257) من القانُون المدنيّ الأُردنيّ أن الفعل الَّذي ينتج عنه ضرر يلزم فَاعِلهُ بالتَّعويض لأنَّهُ يلزم فقط بإثبات توافر الضَّرر دُون الفعل وبذلك فان ما توصلت إليه المَحْكمة المستأنف بعدم توافر المَسؤوليَّة التقصيريَّة القائمة على ثبوت الفعل الضَّار والضَّرر والعَلاقة السَّببيَّة بينهما، وبالنّتيجة رد الدَّعوى فإنَّ ذلك مخالف لأحْكام القانُون المدنيّ الَّذي أخذ بالنَّظرية الموضوعية للفعلِ الضَّار الذي تقومُ على افتراضِ الفعل، ويلزم لإثباتها توافر

(1) السّنهُوري، عبد الرزاق، الوسيط في شَرْح القانُون المَدنيِّ، ص207.

(2) انْظُر: قرار مَحْكمة تمييز حُقُوق (هيئة خُماسيّة) رقم 2015/53 تاريخ 2015/08/4 والمَنشور في مَوقِع قِسطاس.

(3) سالم، محمد عمر، الطّبيعة القانُونيّة للمسؤولية السّابِقة على التّعاقُد، ص18.

الضَّرر دُون الفعل لأنَّ إلحاق الضَّرر بالغير يعد فعلاً محظوراً لذاته تقوم به مَسؤوليَّة الفاعل لأنَّهُ يمثل اعتداء على حقِ الغير وماله، وما يَتَرتَّب على ذلك أحقيه الجهة المدعية بالتَّعويض عن الأضرارِ الَّتي لحقت بها بمواجهة المدعي عليها[1].

والمَسؤوليَّة التقصيريَّة تقوم بحُكم القانُون وليس على أساسِ التَّصرف الباطل بمعنى أنَّ القانُون يجعل المَسؤوليَّة عن الفعل في مرحلة التَّفاوض تقوم على تحملِ التَّبعة بصفة عامة عن التَّقصير في تنفيذِ الالتزام[2].

أمّا بالنِّسبةِ لموضوع الخيرة بين المسؤوليتين فإنَّهُ قد يجتمع في موضوع واحد شروط المَسؤوليَّة العَقْديَّة وشروط المَسؤوليَّة التقصيريَّة، ففي هذه الحالة فإنَّهُ لا يَجُوز للدائن مُطالبة المَدين بتعويضين تعويض على أساسِ المَسؤوليَّة العَقْديَّة وآخر على أساسِ المَسؤوليَّة التقصيريَّة.

ولا يَجُوز للدائن الجمع في دعواه بين خصائص المَسؤوليَّة العَقْديَّة وخصائص المَسؤوليَّة التقصيريَّة، وأيضاً لا يَجُوز للدائن رفع الدَّعوى وخسارتها أن يلجأ إلى الدَّعوى الآخرى[3].

وقد اختلفَ الفقه والقضاء في ذلك فالبعض يرى أنَّهُ لا يَجُوز رفع دعوى متى تحققت شروطها أياً كانت، سواء عَقْديَّة أو تقصيريَّة أمَّا الغالب فهم يروا أن دعوى المَسؤوليَّة العَقْديَّة تلغي دعوى المَسؤوليَّة التقصيريَّة والسَّبب أن علاقة الدَّائن بالمَدين مرجعها العَقْد وحده[4].

في حين ذهب اتجاه آخر الى أنَّه لا ضير من ابتداعِ نوع ثالثٍّ من المَسؤوليَّةِ المدنيّة وتحدد شرائطها وفقاً لاحتياجات العدالة إذ تحُكم قواعدها مرحلة المُفاوضات، لإنَّها مرحلة سابقة على إبرامِ العَقْد وفيها خصوصية وهي أن ما تمَّ طرحه فيها يُعدُّ ناتجاً عن إرادةِ الأطراف المُفاوضة، ولا يَجُوز تجاهل هذه الإدارة؛ لذلك يرى هذا

---

(1) انْظُر: قرار مَحْكمة تمييز حُقُوق (هيئة خُماسيّة) رقم 2010/263 تاريخ 2015/7/13 والمَنشور في مَوقِع قِسطاس.

(2) السّنهُوري، عبدالرزاق،الوسيط في شَرْح القانُون المَدنيِّ، ص673.

(3) سلطان، انور، مصادر التزام في القانُون المَدنيِّ، ص186.

(4) سلطان، انور، مصادر التزام في القانُون المَدنيِّ، ص329.

الاتجاه بجعل المَسؤوليَّة في هذه مرحلة التَّفاوض مَسؤوليَّة خاصة وسابقة على التَّعاقُدِ تعالج فعل ضار يتمتع بخصوصية تتمثل في الإخلال بالثِّقَةِ المشروعة المتولدة في هذه المرحلة وتعالج ضرراً ناتجاً بمناسبة محاولة إبرام العَقْد[1].

(1) سالم، محمد عمر، الطّبيعة القانُونيّة للمسؤولية السّابِقة على التّعاقُد، ص23.

# الفصل الثَّالث
# آثار المسؤولية الناجمة عن العُدُوْلِ عن التَّعاقُدِ

الاصل في العَقْدِ أن يكون بتوافق ارادتين على إنشاءِ الالتزام أو نقله أو تعديله أو إنَّهائه، ولا بُدَّ أن يَتَرتَّب على ذلك آثار مُعينة وذلك حسب طبيعة العَقْد المراد إبرامُه، ولبيانِ الآثار المُترتِّبة للعُدُوْل للمرحلة السَّابِقة على التَّعاقُدِ يجبُ أن نبحث في آثارِ المَسؤوليَّة المدنيَّة عَقْديَّة وتقصيريَّة، وعلى ذلك سوف أقوم بتقسيم هذا الفصل إلى آثار المَسؤوليَّة العَقْديَّة في العُدُوْل عن التَّعاقُد، وآثار المَسؤوليَّة التقصيريَّة في العُدُوْل عن التَّعاقُد.

## 3.1 آثار المَسؤوليَّة العَقْديَّة في العُدُوْل عن التَّعاقُد.

اقتضتْ الظُّرُوف العملية في تطورِ العُقود وكثرتها وجُود اتِّفاقات سابقة على التَّعاقُدِ ويتخللُ هذه المرحلة شروط ودفع مبالغ نقديَّة وغير ذلك، من اجلِ الوصولِ إلى عَقْدٍ لا يشوبه أيَّ خلل أو يعتريه أيَّ شك ولا تحدثُ أيُّ خسارةٍ لطرفي العَقْد المُزْمَع إبرامُه، وهناك طرق للتنفيذ في حالةِ قيامِ المَسؤوليَّةِ العَقْديَّة مع وجُودِ صُور للاتِّفاقات في المرحلةِ السَّابِقة على التَّعاقُدِ مثل التَّعاقُد بالعُرْبون والشَّرط الجَزائيّ، وعلى ما تقدم سوف أقوم بتقسيم ذلك إلى التَّنفيذ العينيّ والتَّنفيذ بطريقِ التَّعويضِ والتَّعاقُد بالعُرْبون والشَّرط الجَزائيّ.

### 3.1.1 التَّنفيذ العينيّ.

القاعِدة في وفاءِ الالتزامات أن يكون بعين ما التزم به المَدين، ما دام ذلك ممكناً فالتَّنفيذ العينيّ بذلك هو حق للدائن واجب على المَدينِ، فإذا طالب به الدَّائن فلا يَجُوزُ للمَدين ان يعَدَل عنه إلى التَّعويضِ وإذا عرض المَدين أن يقومَ بالتَّنفيذِ العينيّ فليس للدائنِ أن يرفضه(1).

---

(1) درادكة، فُؤاد صالح، الشَّرط الجزائيّ (التّعويض الإتفاقي) في القانُون المَدنيِّ الأُردنيّ دِراسة مُقارنة، مطابع دار الشعب، عمان، 1995، ص44.

وتطبيقاً على هذه القاعِدة نصت المادَّة (504) من القانُون المدنيّ الأُردنيّ والَّتي تنُصُّ على أنَّه "الخصومة في استحقاقِ المَبِيع قبل تسلمه يجب أن يوجه إلى البائعِ والمشترِي معاً، فإذا كانت الخصومة بعد تسلم المَبِيع وأراد المشتري الرُّجوع على البائعِ وجب إدخاله في الدَّعوى".

يتبين من هذا النَّص أنَّهُ يتوجب على المشتري إذا اقيمت عليه دعوى باستحقاق المَبِيع أن يدخلَ بها كي يردِ ادعاء مُدعي الاستحقاق فترفض دعواه، ويكون بذلك قد نفَّذَ التزامَهُ بضمانِ الاستحقاق تنفيذاً عينياً، وإذا لم يُدْخِلْ المشتري البائع بهذه الدَّعوى فإنَّهُ يكون قد حال بين البائعِ وبين تنفيذ التزامِه عيناً[1].

أمَّا بالنِّسبةِ لشروط التَّنفيذ العينيّ فإنَّ هنالك ثلاثة شروط وهي أن يكون التَّنفيذ العينيّ ممكنا وألَّا يكون في التَّنفيذ العينيّ إرهاق للمَدين وثالثّاً الاعذار.

ويُمكن استخلاص هذه الشروط من نصِّ المادَّة (355) من القانُونِ المدنيّ الأُردنيّ في الفقرةِ الأوَّلى، والَّتي تنُصُّ على أنَّهُ "يجبر المَدين بعد إعذاره على تنفيذِ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً"، وتنُصُّ الفقرة الثَّانية على أنَّهُ "إذا كان في التَّنفيذِ العينيّ إرهاقٌ للمَدين جازَ للمَحْكمة بناءً على طلبِ المَدين أن تقصر حق الدَّائن على اقتضاء عوض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق به ضرراً جسيماً".

والواقع أنَّهُ إذا كان الإعذار ضرورياً للحُكم على المَدينِ بالتَّعويضِ في حالةِ امتناعه عن التَّنفيذِ أو لتأخره فيه، فإنَّهُ لا ضرورة لاشتراط الإعذار قبل الشُّروع في اقتضاءِ التَّنفيذ العينيّ[2].

أمّا **الشَّرط الأوَّل** وهو أن يكون التَّنفيذ العينيّ ممكناً فإنَّهُ يختلف التَّنفيذ العينيّ الجبري باختلاف الاحوال فإذا كان الالتزام بدفعِ مبلغ نقدي أو بإعطاءِ شيء مثلي، فإنَّ التَّنفيذ العينيّ في هذه الحالة يبقى ممكناً دائماً ولا يتصُوَّر فيه التَّعويض عن عدم التَّنفيذ إلا في حالةٍ واحدة وهي التأخر في التَّنفيذ، وإنَّ إعسار المَدين لا يعتبر سبباً ولا يتصُوَّر فيه التَّعويض عن عدم التَّنفيذِ إلا في حالة واحدة، وهي التأخر في التَّنفيذ وإنَّ

---

(1) مصطفى، الجمال، احكام الالتزام، الدار الجامعية الاسكندرية، سنة 1987، ص229.

(2) البدراوي، عبدالمنعم، النّظرية العامَّة في للالتزامات في القانُون المَدنيِّ الأُردنيّ، الجزء الثّاني، احكام التزام، دار الثّقافة للنشر والتَّوزِيع عمان، الطَّبعة الأولى، 1992، ص9.

اعسار المَدين لا يعتبر سبباً  يجعل التَّنفيذ العينيّ مستحيلاً إذ قد يعقبُ الإعسار إيسار، أمَّا في سائرِ الالتزامات الآخرى فقد يصبح التَّنفيذ العينيّ مستحيلاً إذا هلكَ الشَّيء، أو انتقلت مُلكيتُه من المَدينِ إلى الغيرِ، مثل إذا باعَ شخص سيارة فالتزم بنقل ملكيتها ثمَّ باعها لشخصٍ آخر ونقل له ملكيتها بالفعلِ عن طريقِ تسجيلها في الدَّائرةِ المختصة، عندها يستحيل الحُكم للمشتري الأوَّل بالتَّنفيذِ العينيّ لاستحالته بعد أن انتقلت مُلكية السَّيارة لمشترٍ آخر[1].

وفي الالتزام بعمل فإنَّهُ يستحيل تنفيذ الالتزام عينياً إذا امتنع المَدين عن التَّنفيذِ ولا يُمكن جبره عليه وكانت شخصيته محل اعتبار كإمتناع الرَّسام عن تنفيذِ ما وَعَدَ به[2].

وهذا ما نصَّت عليه المادَّة  (1/356) من القانُون المدنيّ الأُردنيّ والَّتي تنُصُّ على أنَّه "إذا كان موضوع الحق عملاً واستوجبت طبيعته أو نصَّ الاتِّفاق على أن يقوم المَدينُ به شخصياً جازَ للدائنِ ان يرفضَ الوفاء به من غيره".

أمّا في حالة الالتزام بالامتناعِ عن عملٍ قد يصبحُ تنفيذ الالتزام مستحيلاً بفعل المَدين بالنِّسبةِ للماضي ويتحقق ذلك إذا كان الامتناع مطلوباً عن الفترةِ الَّتي وقع فيها العمل الممنوع عنه، وقد يصبح مستحيلاً تنفيذه عينياً بالنِّسبةِ للمستقبل إذا لم يكن في الإمكان ازالة ما وقع من مخالفةٍ للالتزام، أمَّا إذا كان في الإمكانِ إزالته جاَز للدائنِ ان يطلب إذناً من القضاءِ بالقيامِ به على نفقةِ المَدين، ويكون تنفيذه على نفقةِ المَدين ايضاً إذا اقتضت الضرورة ذلك[3].

وأمّا **الشَّرط الثَّاني** وهو ألا يكون في التَّنفيذ العينيّ إرهاقٌ للمَدين، فقد يكون التَّنفيذ العينيّ ممكناً وليس مستحيلاً، لكن فيه ارهاق للمَدين وقد يَتَرتَّب على إجباره عليه ضرر فادح لا يتناسب مع الضَّررِ الَّذي يلحق بالدَّائن من جراءِ التَّخلف عن

---

(1) درادكة، فُؤاد صالح، الشَّرط الجزائيّ (التّعويض الإتفاقي) في القانُون المَدنيِّ الأُردنيّ دِراسة مُقارنة، ص45.

(2) البدراوي، عبدالمنعم، النّظرية العامّة في للالتزامات في القانُون المَدنيِّ الأُردنيّ، ص231.

(3) درادكة، فُؤاد صالح، الشَّرط الجزائيّ (التّعويض الإتفاقي) في القانُون المَدنيِّ الأُردنيّ دِراسة مُقارنة، ص46.

التَّنفيذِ، وإذا أصرَّ الدَّائن على طلبِ التَّنفيذ العينيّ، فإنَّهُ يكون قد غالى في طلبِهِ وعُدَّ متعسفاً ولتخليص المَدين من هذا المَوْقِف تدخل المُشَرِّع ونظر إلى حالةِ المَدين إذا كان في التَّنفيذ العينيّ إرهاقٌ له وأعفاه من التَّنفيذِ العينيّ بالسَّماحِ له بدفعِ تعويض نقدي، وقد ورد النَّصُّ على ذلك في المادَّة (2/355) ويُلاحَظ أنَّ المُشَرِّع قيَّدَ ذلك بقيدين وهما ألَّا يلحق بالدَّائنِ ضرر جسيم، وأن يحصل المَدين على إذنٍ من القضاءِ بإعفائه من التَّنفيذِ العينيّ[1].

وقد أعطى المُشَرِّع القضاء صلاحيَّة واسعة بإعفاءِ المَدين من التَّنفيذِ العينيّ، ولم يحدد المُشَرِّعُ الأُردنيّ معنى الإرهاق مثل زيادةِ الكُلفةِ الإنتاجيَّةِ، لارتفاعِ الأسعارِ أو الفائدةِ أو الرسومِ أو فرضٍ لضرائبَ جديدة، ولكي يتحققَ هذا الإرهاق إذا كانت الفائدةُ ستعود على الدَّائنِ من التَّنفيذِ العينيِّ لا تتناسب مع الضَّررِ الَّذي سيُصيبُ المَدينُ منه وكان في التَّعويض ترضيةٌ كافية للدائنِ[2].

واستبعادُ التَّنفيذِ العينيِّ في هذه الحالة لا يُعدُّ تطبيقاً من تطبيقاتِ نظريةِ التَّعسُّفِ في استعمالِ الحقِّ ضمن حقِّ الدَّائنِ أنْ يُطالبَ بالتَّنفيذِ العينيِّ ما دام ممكناً، ولكن يكون متعسفاً في المُطالبة بهذا الحقِّ، فلا يُجابُ إليهِ إذا تبيَّنَ من الظُّرُوفِ أنَّ التَّنفيذِ العينيِّ مُرْهِقٌ للمَدينِ أو للغيرِ دُون أن تكونَ هنالك فائدةٌ تعودُ على الدَّائنِ[3].

أمّا **الشَّرط الثَّالث** وهو إعذارُ المَدينِ فلا بُدَّ من إعذاره مثل طلب إجباره على التَّنفيذ العينيّ بحيث يبعث الدَّائن إنذاراً إلى المَدينِ يطلب فيه تنفيذ التزامه ويُقصدُ بالإعذارِ أو الإنذارِ؛ وضع المَدين موضع التَّأخير في تنفيذِ التزامه، وذلك عن طريقِ مطالبته رسمياً بتنفيذِ التزامه، وإلا يصبح مَسؤولاً عن عدمِ تنفيذِ الالتزام أو التأخر فيه ويكون الإنذار على يدِ محضرٍ من المَحْكمةِ[4].

ويختلفُ موضوع التَّنفيذ االعينيّ باختلافِ الأحوال، فالالتزام ينقسمُ من حيث محلِّه إلى ثلاثةِ أنواعٍ؛ فقد يكون التزاماً بإعطاءِ الشَّيء وقد يكون التزاماً بعملِ مُعين،

---

(1) البدراوي، عبدالمنعم، النّظرية العامّة في للالتزامات في القانُون المَدنيِّ الأُردنيّ، ص235.

(2) سلطان، انور، احكام التزام، ص47.

(3) السّنهُوري، عبدالرزاق، الوسيط في شَرْح القانُون المَدنيِّ، نظرية الالتزام بوجه عام، ص439.

(4) البدراوي، عبدالمنعم، النّظرية العامّة في للالتزامات في القانُون المَدنيِّ الأُردنيّ، ص236.

وقد يكون التزاماً بالامتناعِ عن عملٍ مُعين وسوف أبين كُل حالة من الحالات .

**فالحالة الأوَّلى** وهي الالتزام بإعطاءِ شيء لمَّا كان الالتزام بإعطاءِ شيء مُعين يعني من النّاحيَّةِ القانُونيَّة الالتزام بنقلِ حقٍ عينيّ، أو الالتزام بإنشاءِ هذا الحق، فقد يَرِدُ هذا الالتزام بنقلِ حق عينيّ أو إنشائه على مَنْقُولِ، كما قد يرد على عقاره، فإذا كان هذا الالتزام على شيءٍ مَنْقُول فيتوجب التَّفرقة بين ما إذا كان هذا الشَّيء مُعيّناً بذاته أو بنوعه. فإذا كان مُعيّناً بذاته ومملوكاً للمَدينِ عندها ينشأ الحق العينيّ أو ينتقلُ بمجردِ نشوءِ الالتزام، وأنَّ القانُون يتكفّلُ بتنفيذِ الالتزام عيناً بمجردِ انعقاد العَقْد دُون الحاجةِ إلى إجراءٍ آخرِ[1].

وقد نصَّت المادَّة (1146) من القانُون المدنيّ على أنَّه "تنتقل المُلكية وغيرها من الحُقوقِ العينيّةِ في المَنْقُولِ والعقار بالعَقْدِ متى استوفى أرْكانهُ وشروطِه طبقاً لأحْكام القانُون".

ويُلاحَظُ على هذا النَّصِّ أنَّه ينطبق على كُل عَقْد ينشأ من التزامٍ بنقل مُلكية شيء مُعين بالذَّاتِ؛ أي أنَّهُ ينطبق على جميعِ العُقود الَّتي تَرِدُ على المُلكيةِ، ففي مجال عَقْد البيع مثلاً فإنَّ مُلكية المَبِيع المُعيّنِ بالذّاتِ تنتقلُ من البائعِ للمشتري بقوةِ القانُون وبمجردِ توافق الإرادتين على البيعِ فيصبحُ الالتزام المذكور منفذاً قانُوناً وقت نشوئه شريطة أن يكون المَبِيع مملوكاً للبائعِ في ذلك الوقت، ويتم انتقال المُلكية بمجردِ العَقْدِ سواء فيما بين العاقدين أو بالنِّسبةِ للغيرِ[2].

وقد قَضَتْ مَحْكمة التَّمييز على ذلك بأنَّها اعتبرت العَقْد باطلاً في حال عدم إستيفائه للشكل الَّذي رسمه القانُون من خِلال تسجيله في الدَّائرةِ المختصةِ، وذلك حسب المادَّة (2/105) من القانُونِ المدنيِّ، ولا يُرتِّبُ أثراً وفقاً لأحْكام المادَّة (168)

(1) البدراوي، عبدالمنعم، النّظرية العامّة في للالتزامات في القانُون المَدنيِّ الأُردنيّ، ص240.

(2) السّنهُوري، عبدالرزاق، الوسيط في شَرْح القنون المَدنيِّ ( البيع والمقايضة)، دار النّهضة العربية، القاهرة، ص425وما بعدها.

من القانُونِ المدنيِّ ولا تَرِدُ عليه الإجازة ويجب إعادة المُتعاقِدين إلى الحالةِ الَّتي كانوا عليها قبل التَّعاقُدِ[1].

أمّا إذا كان الشَّيء مُعين بنوعِهِ فقط "المثليات" فلا ينتقلُ الحق العينيّ الإ بإفراز الشَّيء، وهذا ما قَضَت به المادَّة (1147) من القانُون المدنيّ والَّتي تنُص على أنَّه "لا تنتقل ملكية المنقول غير المعين بنوعه إلا بإفرازه طبقاً للقانون"، ويتَّضحُ من هذا النَّصِّ أنَّ المُلكيَّةَ لا تَرِدُ على شيء مُعيّن بالذّاتِ وهذا التَّعيين يتحقق بالإفرازِ ويختلفُ الإفراز بحسبِ طبيعة المعقودِ عليه فقد يكون عن طريقِ الوزنِ أو العدِّ أو القياسِ أو بوضع العلامات أو بغيرِ ذلك من الوسائلِ الَّتي من شأنِها ان تفصلَ المعقود عليه وتُميِّزُه عن غيره[2].

أمَّا إذا كان الالتزام بنقلِ حق عيني أو إنشائه وارداً على عقارٍ فلا ينتقل الحقُ ولا تنتقل المُلكيةُ بمجردِ الاتِّفاق، أي أنَّ الالتزام بنقلِ مُلكية العقار لا تتم بقوةِ القانُون بل تحتاج إلى تنفيذٍ، ويكون تنفيذه عن طريقِ القيام بالإجراءاتِ اللازمة لتسجيله في الدائرةِ المختصة؛ ولهذا لا ينتقل الحق ولا ينشأ الا بتوافر ثلاثة شروط هي؛ أن يكون مُعيناً بالذّات، وأن يكون مملوكاً للمَدينِ، وأن تُراعى فيه الشَّكليَّة الَّتي يتطلبها القانُون وهي التَّسجيل وهذه الشَّروط تمَّ استخلاصها من نصِّ المادَّة (1148) والَّتي تنُصُّ على أنَّه "لا تنتقل المُلكيَّة ولا الحُقُوق العينيَّةِ الأخرى بين المُتعاقِدين وفي حق الغير إلَّا بالتَّسجيل وفقاً لأحْكام القوانين الخاصةِ" والمقصود من هذا النَّصِّ هو التَّصرفات العقارية[3].

وإذا كان الشَّيء نقوداً فيجب أن تكون هذه النَّقود مُعينة بنوعها ومقدارها فإذا تقلبت أسعار العملات ارتفاعاً أو انخفاضاً في الفترةِ بين نشوء الالتزام والوفاء به فلا

---

(1) انْظُر: قرار مَحْكمة تمييز حُقُوق (هيئة خُماسيّة) رقم 2012/3925 تاريخ 2013/02/25 والمَنشور في مَوقِع قِسطاس.

(2) العبيدي، علي هادي، الحُقُوق العينية الاصلية والتبعية، دِراسة مُقارنة، دار الثّقافة للنشر والتَّوزِيع، 2005، ص158.

(3) درادكة، فُؤاد صالح، الشَّرط الجزائيّ (التّعويض الإتفاقي) في القانُون المَدنيِّ الأُردنيّ دِراسة مُقارنة، ص50.

يكون لذلك أثر على محل الالتزام، والتَّنفيذ العينيّ في هذه الحالةِ ممكناً دائماً وإذا لم يَقُم المَدين بالوفاءِ بطوعِهِ واختياره جازَ جبره عن طريقِ الحجز على أمواله وبيعها ومن ثُمَّ اقتضاء الدَّين نقداً استناداً لمبدأ الضَّمان العام(1).

أمّا عن الالتزام بعملٍ أو الامتناع عن عملٍ فالأصل أن يَقومَ المَدين بنفس العمل الَّذي التزم به أو يمتنع عن العملِ الَّذي التزم الامتناع عنه فإنَّ الالتزام ليس كما هو في الالتزام بإعطاءِ شيء إذْ لا يعتبر الالتزام هنا منفذاً بمجردِ نشوئه بل لا بُدَّ من القيام بعمل ايجابيّ أو سلبيّ يصدرُ من المَدينِ لتنفيذِ التزامه على أن يراعى فيه حُسن النِّية على مُقتضى نصّ المادَّة (202) من القانُونِ المدنيّ الأُردنيّ .

ولا يعني ذلك على أنَّ كل التزام بعملٍ أو امتناعٍ عن عملٍ ينقلبُ إلى المُطالبةِ بالتَّعويضِ، إذا لم يقم المَدين بتنفيذ التزامه طوعاً، فيَجُوز إجبار المَدين على التَّنفيذِ العينيّ إذا كان منتجاً ولا يمسُّ بشخصِ المَدين. أمَّا إذا امتنع المَدين عن تنفيذِ التزامه فلا يُمكن إجباره عليه في كُل الاحوال، وفي إجباره مساس بشخصِهِ عندما لا يبقى لنا سوى التَّعويض(2).

### 3.1.2 التَّنفيذ بطريقة التَّعويض.

التَّعويض **لغة** هو العِوْض، والعِوْض معناه البَدَلُ والخَلَف، ويقال عوضه بكذا وعنه ومنه عوضاً: أعطاه إياه بدل ما ذهب منه فهو عائِض(3).

أمّا التَّعويض **اصطلاحاً** فيعرَّفُ بأنَّهُ "الحق الَّذي يُثبت للدائن نتيجة لإخلالِ مدينه بتنفيذِ التزامه والَّذي قد يتخذُ شكل النَّقدِ أو أيَّةِ ترضيةٍ مُعَادِلَةٍ للمنفعةِ الَّتي سينالها الدَّائن، ولو لم يحصلْ الإخلال بالالتزام من جانِبِ المَدينِ(4).

---

(1) البدراوي، عبدالمنعم، النّظرية العامّة في للالتزامات في القانُون المَدنيّ الأُردنيّ، ص253.

(2) درادكة، فُؤاد صالح،الشَّرط الجزائيّ (التّعويض الإتفاقي) في القانُون المَدنيّ الأُردنيّ دِراسة مُقارنة، ص53-52.

(3) المعجم الوسيط، الجزء الثّاني، مطبعة مصر، 1961، ص643.

(4) الذّنون، حسن علي، الرحو، محمد سعيد، الوجيز في النّظرية العامّة للالتزام، ص91.

أمّا بالنِّسبةِ للمشرِّع الأُردنيّ فإنَّهُ لم يضع تعريف للتعويض وهذا هو المنهج السَّليم الَّذي يبتعد عن وضعِ التَّعريفات والمصطلحات القانُونيَّة وتركها للفقه؛ لأنَّ التَّعريف يجب أن يكون جامعاً ومانعاً ومتماشياً مع الزمان والمكان، وحسناً ما فعل المُشرِّع الأُردنيّ، أما بالرُّجوعِ إلى نُصُوص القانُون المدنيّ الأُردنيّ والَّتي نظّمت الأحْكام الخاصة بالتَّعويضِ في إطارِ المَسؤوليَّة العَقْديَّة فإنَّهُ استعملَ مصطلحين للدلالةِ على التَّعويضِ من حيث استحقاقه وأنواعه، ونجد أنَّهُ استخدم مصطلحين هما التَّنفيذ بطريقةِ التَّعويض ومصطلح الضَّمان وذلك في الموادِ من (360) وحتى المادَّة (364).

أمّا بالنِّسبةِ لأنواع التَّنفيذ بطريقة التَّعويض سوف اقوم بتقسيم ذلك الى التَّعويض الاتِّفاقي والتَّعويض القضائيّ والتَّعويض القانُونيّ.

**أولاً: التَّعويض الاتِّفاقي.**

أعطى المُشرِّع لطرفي العَقْد الحق في تحديدِ مقدارِ التَّعويض المستحق في حالِ أخلَّ أحد المُتعاقِدين بأيةِ التزامات مُترتِّبة عليه بموجبِ العَقْد وهذا النَّوع من التَّعويضِ اصطلح على تسميته بالتَّعويض الاتِّفاقي ويعرَّفُ بأنَّهُ "الاتِّفاق مقدماً سواء عند إبرامِ العَقْدِ أو في اتِّفاق لاحق قبل وقوع الضَّرر على قيمةِ التَّعويض الَّتي تُستحق للدائنِ عند إخلال المَدين بالتزامٍ من التزاماته العَقْديَّة"(1).

وسأقوم بشرح التَّعويض الاتِّفاقي أو الشَّرط الجَزائيّ كمثال عن التَّعويضِ في حالة العُدُوْل عن التَّعاقُدِ في مطلبٍ لاحقٍ من هذا الفصل.

**ثانياً: التَّعويض القضائيّ.**

في حالة عدم اتِّفاق أطراف العَقْد على مقدارِ التَّعويض الواجب دفعه إذا أخلَّ أيِّ طرفٍ من طرفي العَقْد بأيّة التزامات عَقْديَّة مُترتبة عليه للطرفِ الآخر، وهو ما اصْطُلحَ على تسميته بالتَّعويض الاتِّفاقي، وكذلك عدم وجُود نصّ في القانُونِ يحدِّد مقدار التَّعويض الواجب دفعه عندئذ يتوجب على القاضي تحديد مقدار التَّعويض

---

(1) الاهواني، حسام الدين كامل، النّظرية العامّة للالتزام احكام الالتزام الجزء الثّاني، مصر، دار ابو المجد للطباعة، 1996، ص76.

بالاعتمادِ على الأحْكام العامَّة الواردة في القانُون فالقاضي يقوم بتقدير التَّعويض في حالِ سكوت العَقْد والقانُون عن تقديره[1].

وبالرُّجوع إلى نصِّ المادَّة (363) من القانُونِ المدنيّ الأُردنيّ والَّتي تنُصُّ على أنَّهُ "إذا لم يكن الضَّمان مقدراً في القانُونِ أو في العَقْدِ فالمَحْكمةُ تقدِّره بما يساوي الضَّررَ الواقع فعلاً حين وقوعه".

فيتضِّحُ من هذا النَّصِّ أنَّ دَور المَحْكمة لا يقتصر على تقديرِ التَّعويض (الضَّمان) إلا في الاحوالِ الَّتي لم يُقدر فيها هذا التَّعويض بنصٍّ في القانُون، أو باتِّفاق الطَّرفين هذا من جهةٍ، ومن جهةٍ أخرى فقد حدَّد المُشرِّع التَّعويض وجعله مقتصراً على الضَّررِ الواقع أي الخسارة الَّتي لحقت بالدَّائن فقط، ولم يدخل في حسابه الرِّبح الفائت كما جعل تقدير الضَّرر حين وقوعه[2].

وقد قَضْت مَحْكمة التَّمييز بأنَّ المَسؤوليَّة الَّتي تترتَّب على أطرافِ العَقْد الملزم للجانِبين في حالِ تسبب أحد الأطراف بالضَّررِ للآخر نتيجة عدم قيامه بتنفيذِ التزامه تحُكمها المَسؤوليَّة العَقْديَّة، ويكون الطَّرف المُخل بالتزامه مُلزم بإعادةِ الحال إلى ما قبل التَّعاقُد، وضمان الضَّرر الواقع فعلاً حين وقوعه، وذلك وفقاً لنصِّ المادَّة (363) من القانُون المدنيّ[3].

فالقاضي في تقديره للتعويض يأخذ بعين الاعتبار الضَّرر المادي الَّذي لحق بالدَّائن بسبب عدم تنفيذ المَدين لالتزاماته، وإذا كان هذا الضَّرر هو الَّذي يُصيبُ الدَّائن في ذمته الماليَّة والضَّرر الأدبيّ لا يعوض إلا بالمَسؤوليَّة التقصيريَّة فقط[4].

(1) الحلاحشة، عبد الرحمن احمد جمعة، الوجيز في شرع القانُون المَدنيِّ الأُردنيّ احكام التزام، الطَّبعة الاولى، عمان الاردن، دار وائل للنشر، 2006، ص96.

(2) درادكة، فُؤاد صالح، الشَّرط الجزائيّ (التّعويض الإتفاقي) في القانُون المَدنيِّ الأُردنيّ دِراسة مُقارنة، ص57.

(3) انْظُر: قرار مَحْكمة تمييز حُقُوق (هيئة خُماسيّة) رقم 2015/985 تاريخ 2015/6/24 والمَنشور في مَوقِع قِسطاس.

(4) البدراوي، عبدالمنعم، النّظرية العامّة في للالتزامات في القانُون المَدنيِّ الأُردنيّ، ص77

ويُقدر التَّعويض في الغالب بمبلغٍ نقدي في إطارِ المَسؤوليَّة المدنيَّة، ولكن هذا لا يمنع من أن يكون التَّعويض غير نقدي في بعض الحالات(1).

**ثَالثاً: التَّعويض القانُونـيّ (الفائدة القانُونيَّة)**

تُعرَّفُ الفائدة القانُونيَّة بإنَّها "مبلغ من النّقودِ قدَّره القانُون مسبقاً وأوجب على المَدينِ دفعه للدائنِ عند تأخره في الوفاءِ بالتزام محله مبالغ نقدية"(2).

وهُنالك نوعان من الفوائِد وهي فوائد تأخيريَّة اتِّفاقيَّة، مثل دفع المشتري فوائد مقابل تأجيل الثَّمن في عَقْدِ البيع أو فوائد اتِّفاقية استثماريَّة والَّتي يلتزم بها المَدين حتى حلول أجل الدين إلى فوائدِ تأخيرية إذا قصَّر بعد حلولِ هذا الأجل في الوفاءِ بالتزامه(3).

ونُلاحظُ أنَّ الفوائِد الاستثماريَّة تختلفُ عن الفوائِدِ التّأخيريّة من حيث أنَّ الأوَّل دائماً فوائد اتّفاقية، اي أنَّ المَدين لا يُلزمُ بها إذا لم يكن هناك اتّفاق أمَّا الفوائِد التّأخيريّة فتارة تكون اتِّفاقية بصُورة شرط جزائيّ، وتارة تكون قانُونيَّة يتولى المُشّرع تحديدها عند سكوت المُتعاقِدين عن الاتِّفاقِ عليها، والَّذي يعنينا في هذا المقام الفوائِد التّأخيريّة، ويجدر بالذِّكرِ أنَّ القانُون الأُردنيّ لم يتعرض للفائدةِ القانُونيَّة على اعتبارِ أنَّ الشَّريعةَ الإسلاميَّة وأحْكام الفقه الإسلامي من أهم مصادره، ويَنْظُرُ إلى الفائدةِ أنَّها ربا(4).

ويُلاحظُ أنَّ القانُونَ الأُردنيّ أخذ بنظام المرابحة العثمانيّ والَّذي جعل حدها الاعلى 9%، وحدد في مادته الرَّابعة عدم تجاوز فائدة الدَّيون رأس المال ومنع في المادَّة الخامسة إجراء الفائدة المركبة الا في حالة الحساب الجاري(5)، على أنَّ تحديد سعر الفائدة لا يعني بأنَّهُ لا يَجُوز النُّزول عن هذا الحد أو الزيادة عليه في احوالٍ

---

(1) السّنهُوري، عبدالرزاق، الوسيط في شَرْح القانُون المَدنيّ، نظرية الالتزام بوجه عام، ص846.

(2) الذّنون، حسن علي، الرحو، محمد سعيد،الوجيز في النّظرية العامّة للالتزام، ص111.

(3) سلطان، انور، احكام التزام، ص81.

(4) درادكة، فُؤاد صالح، الشَّرط الجزائيّ (التّعويض الإتفاقي) في القانُون المَدنيِّ الأُردنيّ دِراسة مُقارنة، ص57.

(5) الصادر في 9 رجب سنة 1304، وفي 22مارس منه 1303.

أخرى في قانون البنك المركزي، فإذا كانت الشُّروط الَّتي يفرضها الدَّائن على المَدينِ ستاراً يُخفي به الدَّائن سعرَ الفائدة الحقيقيَّة الَّتي فرضها على المَدينِ، فيجب تخْفِيض سعرها المتفق عليه، كما يَجُوز للمَحْكمة أن تخفض سعر الفائدة في حالةِ ما إذا تسبَّب الدَّائن بخطئه في اطالِة أمد النِّزاع، وفي حالات أخرى يَجُوز زيادة سعر الفائدة إذا كان الضَّرر الَّذي يُصيب الدَّائن يجاوز الفوائِد وقد يتسبب فيه المَدين بغشه أو بخطئه الجسيم(1).

مع أنَّ بعض القوانين في الأردن حدَّدت سعر الفائدة أيضاً منها قانُون البنك المركزيّ الأُردنيّ رقم 23 لسنةِ 1971(2)، وقانُون التِّجارة الأُردنيّ رقم 12 لسنةِ 1966(3).

أمَّا شروط استحقاق الفوائِد التّأخيريّة فيشترط لاستحقاقها ان يطلب بها الدَّائن قضائياً سواء أكانت هذه الفوائِد قانُونيَّة أو اتّفاقيَّة، وكذلك ان يكون محل الالتزام معلوم وقت المُطالبة به قضائياً، وايضاً أن يتأخر المَدين في الوفاءِ بالتزامه بدفع مبلغ من النّقودِ عن الميعادِ المحدد(4).

وينبغي الإشارة إلى أنَّهُ لا يشترط بالدَّائن الَّذي يطالبُ بالفوائِد التّأخيريَّة إثبات أي ضرر لحقه جراء تأخر مدينه في تنفيذِ التزامه، كما لا يُسمَح للمَدينِ أن يُثبتَ أنَّ الدَّائن لم يلحقه أي ضرر من جراء تأخُّره هذا، وبالتالي فإنَّ الضَّرر مفترض وفي هذا خروج على القواعدِ العامَّة في استحقاقِ التَّعويض، ويرجع السَّبب في ذلك إلى أنَّ النّقود محل الالتزام يُمكن استغلالها ويُمكنها أن تنتج فوائد دائماً(5).

---

(1) الحكيم، عبدالمجيد، المُوجز في شَرْح القانُون المَدنيِّ، احكام التزام، بغداد، دار الحرية للطباعة، الطَّبعة الثّالثة، 1977، ص68-69.

(2) انْظُر: في المادتين(41,43).

(3) انْظُر: في المادتين(113,115).

(4) انور، سلطان، احكام التزام، ص85.

(5) الحكيم، عبدالمجيد، المُوجز في شَرْح القانُون المَدنيِّ، احكام التزام، ص71.

### 3.1.3 التَّعاقُد بالعُرْبون.

للعربون في **اللُّغةِ** العربيةِ ثمانٍ لغات: الإعراب العربان كعثمان، وعُرْبون وأُرْبون بضم الأوَّل، وتسكين الثَّاني وعَرْبون وأَرْبون بفتح الأوَّل وتسكين الثَّاني، وعربان وأربان، وايضاً يُعرَّفُ العُرْبون لُغة العربان والعُرْبون بضمهما وتبدل عينهن همزة ما عَقْد به المبايعة من الثَّمن(1).

وعرّفهُ البعض بأنَّهُ "بعض الثّمن أو الأُجرة يعطيه الرَّجُل لعاملهِ، ويقولُ له إنْ تمَّ العَقْد احتسبنا وإلا فهو لك ولا آخُذُه منك والعامّة تقول (رعبون) بتقديم الرَّاء، وتُطلقه على ما يُعطى سلفًا"(2).

أمّا تعريف العُرْبون في القانُون بالنِّسبةِ للقانُون المدنيّ الأُردنيّ لم يضع تعريفاً قانُونيّاً للعربون كشأن بعض التَّشريعات الآخرى، لذلك ترك القانُون المدنيّ الأُردنيّ هذه المُهمَّة إلى الفقهِ بما يملك وسائل المُقارنة والتَّأصيل، واختلف الفقهاء حول مفهوم العُرْبون من النّاحيةِ القانُونيَّة في اتّجاهين:

**الإتجاه الأوَّل:** يعرفُ العُرْبون على أنَّهُ مقدار من المالِ يدفعه أحد المُتعاقِدين للأخرِ وقت إبرامِ العَقْد، وذلك إمَّا للدلالةِ على أنَّ العَقْد قد أصبح باتاً لا يَجُوز العُدُوْل عنه، أو للدلالةِ على حق كُل منها في إمضاءِ العَقْد أو نقصه، ومن خِلال هذا الاتجاه يتبين أنَّ العُرْبون مقدار من المالِ يستوي أنْ يكون هذا المال بشكلِ مبلغاً من النّقودِ أو مَنْقُولاً آخر قابلاً للتعامل فيه سواء أكان؛ من العدديات كالأقلام والكراسي، أو من المكيلات كالشَّعيرِ أو القمح وغيرها(3).

**الإتجاه الثَّاني :** فيُعرَّفُ العُرْبون بأنَهُ مبلغ من النّقودِ يدفعه أحد المُتعاقِدين للأخر وقت إبرام العَقْد، إمّا للدلالةِ على أنَّ العَقْد أصبحَ باتاً أو للدلالة على حق كُل منهما في

(1) ابن منظور، لسان العرب، المجلد الأول، دار الفكر، ص592.

(2) البستاني، بطرس، المحيط المحيط، مكتبة لبنان، 1987، ص568.

(3) السّنهُوري، عبدالرزاق، الوسيط في شَرْح القانُون المَدنيِّ، نظرية الالتزام بوجه عام، ص259.

العُدُوْل عن العَقْد، فهذا الإتجاه يقصر العُرْبون على ما كان نقداً من المال، وبالتَّالي لا يجيز أن يكون العُرْبون مَنْقُولا من المَنْقُولات[1].

ونجد أنَّ الاتجاهين اختلفا في العُرْبون هل هو نقد أم مَنْقُول؟، ويُلاحظ أنَّ حصر العُرْبون بالنّقدِ وما يتعلق به من أحْكامٍ في نطاق البيع، والغالب أن يكونَ العُرْبون على شكُل مبلغ من النّقودِ يدفعه المشتري إلى البائعِ مما حصر العُرْبون بالنّقدِ، كذلك فإنَّ العُرْبون حسب توجه الاتجاهين أنَّهُ عمل مادي، وهذا غير صحيح، وإنَّما هذا الدَّفع هو مجرد تنفيذ لاتِّفاق سابق بين المُتعاقِدين.

وعليه يُعرفُ العُرْبون أنَّهُ اتِّفاق الطَّرفين المُتعاقِدين على أنْ يدفع أحدهم مبلغاً من النّقودِ أو أي مَنْقُول عند إبرام العَقْد، وذلك من أجلِ إبرام العَقْد المراد أو العُدُوْل عنه.

وأنَّ العُرْبون يفيد أحدى دلالَّتين وهى دلالة البتات ودلالة الرُّجوع؛ فدلالة البتات فبمُقتضى هذه الدلالة يعتبر العُرْبون دلالةً على أنَّ العَقْد أصبحَ باتاً لا يَجُوز الرُّجوع فيه من قِبل أيْ من أطراف العَقْد، ودلالة الرُّجوع وفقاً لهذه الدَّلالة فإنَّ لكُل من المُتعاقِدين الحق في العُدُوْل عن إتمام العَقْد[2].

وهُنا هل يَجُوز أن يكون العقار عربوناً والَّذي كما يعرف أنَّهُ يتطلب التَّسجيل؟، لكن نجد أنَّ القانُون الأُردنيّ قد جَزَمَ هذه المسألة في نص المادَّة (1146) والتي تنصُّ على أنَّهُ "تُنقل المُلكية وغيرها من الحُقوقِ العينيّة في المَنْقُولِ والعقار بالعَقْد متى استوفى أرْكانهُ وشروطه طبقاً لأحْكام القانُون"، ويُلاحظ أنَّ العُرْبون إذا لم يتم تسجيله فإنَّهُ لم يستوفي أرْكانهُ وغير هذا فإنَّ العقار من حيث طبيعته لا يقبل التّضعيف، ويكون حُكم أي مَنْقُول يَشترِط التَّسجيل، وينطبق عليه أنَّهُ لا يُمكن أنْ يكون عربوناً.

وبالنِّسبةِ لدلالة البتات ودلالة الرُّجوع في القانُون الأُردنيّ فقد أخذَ المُشِّرع وحسب نص (1/107) بدلالة الرُّجوع حيث تنُصُّ على أنَّ "دفع العُرْبون وقت إبرام

---

(1) مرقس، سليمان، شَرْح القانُون المَدنيِّ، العقود المسماه، المجلد االثّاني، الطَّبعة الرابعة، 1985، ص67.

(2) عبيدات، يوسف محمد، مصادر الالتزام في القانُون المَدنيِّ، دِراسة مُقارنة، دار المسيرة للنشر والتَّوزِيع، عمان، 2005، ص92 وما بعدها.

العَقْد يفيد أنَّ لكُل من المُتعاقِدين الحق في العُدُوْلِ عنه إلّا إذا قضى الاتِّفاق بغيرِ ذلك"، وكذلك أكدت الفقرة الثَّانية من المادَّةِ نفسها بدلالةِ الرُّجوع وتنُصُّ على أنَّه "إذا عَدَل من دفع العُرْبون فَقَدَهُ أو عَدَل من قبضه رَدَّهُ ومِثْلَهُ".

أمّا الفترة الزّمنية التى يَجُوز فيها استخدام حق العُدُوْل فلم يُوضِّح القانُون المدنيّ الأُردنيّ في الفترةِ الَّتي يحقُّ لأحد الأطراف في العُدُوْلِ عن التَّعاقُدِ، فالمادَّة (1/107) تدلُ على دفعِ العُرْبون، ولكنَّها لم توضح متى يبقى هذا الحق.

ويُلاحظ أنَّ أمر العُدُوْل عن العُرْبون لا يخرج عن فرضين:

**الفرض الأوَّل:** أن تكون المُدة محدَّدة بناءً على اتِّفاق المُتعاقِدين سواء أطالت هذه المُدة أم قصرت، فإذا لم ينُصّ المُتعاقِدين في العَقْدِ على مدة يجب إعلان العُدُوْل فيها وتقوم فيها بتعين مدة مستعينة في ذلك بالعرفِ وظروف القضية، وفي هذه الحالة يجب على المُتعاقِدين التقيد بها واستعمال خيار العُدُوْل خِلالها، فإذا انقَضْت هذه المُدة دُون ان يصرح أحد المُتعاقِدين عن رغبته في العُدُوْل، يسقط خيار العُدُوْل بانقضاء المُدة، ويتحول العَقْد من عَقْد غير لازم إلى عَقْد لازم، حيث لا يستطيع أحد طرفيه التَّحلُلَ منه بإرادةٍ منفردةٍ، وذلك من تفويتِ المُدة دُون استعمال خيار العُدُوْل يعني تأكيد العَقْد(1).

**الفرض الثَّاني:** عدم وجُود اتِّفاق أو عرف يحدد مدة ممارسة خيار العُدُوْل، ففي هذا الفرض يبقى الخيار قائماً إلى حين تنفيذ العَقْد أو أن يصدر من أحدِ المُتعاقِدين ما يدل على رغبتِهِ، وإذا لم يصدر من أحدِ المُتعاقِدين ما يدل على رغبته تلك بل تَرَاخى في تنفيذ التزامه في مدة تتجاوز المألوف فإنَّ للمتعاقد الآخر أن يعتبِر ذلك عدولاً عن العَقْد(2).

ويتضح مما سبق أنَّ خيار العُدُوْل المستفاد من دفعِ العُرْبون هو خيار ذو طابع مؤقت ينتهي ويسقط بإنتهاء مدته، كما أنَّهُ وفي حالة تجديد العَقْد الَّذي يتضمن خيار

---

(1) محمود، يوسف علي، مقدار مدة خيار الشَّرط في عقد البيع في الشّريعة الإسلامية، بحث منشور في مجلة دراسات الجامعة الأُردنيّة، مجلد 25العدد،1998، ص284.

(2) عبد الباقي، عبد الفتاح، موسوعة القانُون المَدنيِّ، نظرية العقد والإرادة المنفردة، 1984، ص192.

العُدُوْل فإنَّ هذا التَّجديد لا يَتَرتَّب عليه تجديد مدة خيار العُدُوْل ما لم تَتَّجِه إرادة المُتعاقِدين إلى ذلك صراحةً أو ضمناً، أو وجد ترابط ووحدة لا تقبل الانقسام بين العَقْد وخيار العُدُوْل، وقد قَضَت مَحْكمة باريس بأنَّهُ عند امتداد عَقْد إيجار بوعد البيع مع خيار العُدُوْل فإنَّ هذا الامتداد لا تأثير له على المُدةِ المُحَدَّدة لاستعمال خيار العُدُوْل[1].

وقد قَضَت مَحْكمة التَّمييز بأنَّ دفع العُرْبون وقت إبرام العَقْد يفيد بأنَّ لكُل من المُتعاقِدين الحق في العُدُوْل عنه، فإذا عَدَل من دفع العُرْبون فقده وإذا عَدَل من قبضه ردَّه ومثله، وذلك وفق أحْكام المادَّة (107) من القانُون المدنيّ[2].

وأمّا فيما يتعلق بتحديد مدة الخيار ذاته فليس هنالك ما يمنع المُتعاقِدين ان يجددا مدة الخيار، ولكن يُشترط أن يكون هنالك اتصال بين المدتين، أي أنْ يكون التَّجديد في زمنِ سريان المُدة السَّابِقة، فإن لم يتحقق هذا الاتصال فإنَّ المُدةَ اللاحقة غير معتبرة لأنَّ العَقْد يصبح لازماً بانقضاء المُدة السَّابِقة، وبعد لُزومه لا يتجدد الخيار السَّابق، ولكن إذا حدث أن جدَّدَ المُتعاقِدان الخيار بعد لُزوم العَقْد فهذا يعتبر للعَقْد الَّذي فيه الخيار[3].

وتبدأ مُدة خيار العُدُوْل المستفاد من دفعِ العُرْبون من وقتِ إبرام العَقْد، وتعتبر هذه المُدة مُدة سقوط لا يرد عليها الوقف ولا الانقطاع وتحسب هذه المُدة من وقت إبرام العَقْد المقترن بخيار العُدُوْل كما هو الحال في مدة الأجل[4]. أمَّا مَوْقِف المُشَرِّع الأُردنيّ بالنِّسبةِ لتحديد المُدة الَّتي على المُتعاقِدين استعمال خيار العُدُوْل فإنَّهُ لم يتطرق لها نهائياً مع أنَّ له أهميَّة بالغة مع العلمِ أنَّ المادَّة (107) بينت أحْكام العُرْبون، وكان الأوَّلى بالمُشَرِّع أنْ يذكر أحْكام المُدة لما لها مِن أهميَّة بالغة.

---

(1) عبد الباقي، عبد الفتاح، موسوعة القانُون المَدنيّ، ص193.

(2) انْظُر: قرار مَحْكمة تمييز حُقُوق (هيئة خُماسيّة) رقم 2014/2490 تاريخ 2014/9/21 والمَنشور في مَوقِع قِسطاس.

(3) العلني، عبد الله، أحكام الخيارات في الشّريعة الإسلامية والقانُون المَدنيّ، ص226 وما بعدها.

(4) العطار، عبدالناصر، نظرية الأجل في الالتزام، مطبعة السعادة، 1987، ص36.

وقد قَضْت مَحْكمة التَّمييز أنَّ لكلا المُتعاقِدين الحق في العُدُوْلِ عن العُرْبونِ الَّذي دُفِع وقت إبرام العَقْد حيث لا يرد للمشتري في حال رجع عن بيعه، ويلتزم البائع برده و مثله في حال رجعه عن بيعه، وذلك في العُقود الصحيحة النَّافذة وليس في العُقود الباطلة وذلك وفقاً لنصّ المادَّة (107) من القانون المدنيّ[1].

ولكي تتمكن المَحْكمة من الكشفِ عن قصدِ المُتعاقِدين على دلالةِ العُرْبون فيُمكن من خِلالِ الظُّرُوف والملابسات، ومنها أنَّ المَحْكمة يُمكن أنْ تتعرَّف على نيةِ العاقدين واتجاهها من خِلال المبلغ الَّذي قدمه أحدهما عربوناً، وكذلك من الممكن أنْ يكون دفع العُرْبون قرينة على أنَّهُ دفع لدلالة مُعينه، ليكون هذا الدفع ضماناً لتنفيذ العَقْد لإجراء العُدُوْل عنه، وأيضاً في نوع العَقْد الَّذي قد يُساعد على تلمسِ النِّية لدى العاقدين، والقصد عندهما من دفعِ العُرْبون، وكذلك إذا كان المَبِيع عقاراً وتمَّ العَقْد المبرم خارج دائرة تسجيل الأراضي فإنَّهُ من غير المُتَصَوّر أن يكون قصد العاقدين من العُرْبون تنفيذ العَقْد، ولا يكون القصد هنا جزاء للعُدول عن العَقْد ما دام العَقْد لا يفرض على طرفيه سوى الالتزامات الشَّخصية الَّتي مبناها القيام بعمل[2].

والعُرْبون يعتبر مقابلاً لحقِ التَّعاقُد في العُدُوْلِ عن العَقْدِ، ولذلك فهو يفقده أو يردّ ضِعفه حتى ولو لم يَتَرتَّب على العُدُوْلِ أي ضرر للطرف الآخر فدفع العُرْبون لا يعتبر تعويضاً عن ضرر وإنَّما هو مجرد مقابلاً للحق في العُدُوْلِ عن العَقْدِ، ولذلك يلتزم المُتعاقِد الَّذي عَدَل عن العَقْدِ بدفعِ مبلغ العُرْبون أو رد ضِعفه حتى ولو كان المُتعاقِد الآخر لم يصبه أي ضرر من جراء هذا العُدُوْل، كما لا يلتزم المُتعاقِد الَّذي عَدَل عن العَقْد إلا بدفع مبلغ العُرْبون أو ردّ ضعفه إلى الطَّرفِ الآخر حتى ولو كان هذا الآخر قد اصابه ضررٌ من جراءِ هذا العُدُوْل ليزيد كثيراً عن مقدارِ ما سيدفعه الطَّرف الَّذي عَدَل عن العَقْد، ويُلاحظ أنَّ التَّعاقُد بالعُرْبون يُعَدُّ عَقْداً معلقاً على شرطٍ واقفٍ، وهو عدم استعمال خيار العُدُوْل أثناء المُدة المتفق عليها، ذلك أنَّ الغالب في

---

(1) انْظُر: قرار مَحْكمة تمييز حُقُوق (هيئة خُماسيّة) رقم 2011/4377 تاريخ 2012/3/21 والمَنشور في مَوقِع قِسطاس.

(2) الجبوري، ياسين، المبسوط في شَرْح القانُون المَدنيِّ، ص320 وما بعدها.

إرادة الأطراف تتجه إلى وقفِ آثار العَقْد خِلال المُدة المُحَدَّدة لاستعمال خيار العُدُوْل[1].

ويثار تساؤل هنا مفاده هل يَجُوز المُطالبة بأكثر من العُرْبونِ في حالة تجاوز الضَّرر مقدار العُرْبون؟ فهنا نكون أمّام خيارين؛ الأوَّل إذا كان العُدُوْل اختيارياً فإنَّهُ لا يَجُوز المطالبة بأكثر، أمَّا الخيار الثَّاني، فإنَّهُ إذا انتهت المُدة المتفق عليها دُون عدول فهنا الأصل أن ينفَّذ العَقْد، فإذا رفض أحد المُتعاقِدين كان للطرف الآخر المطالبة بتنفيذ العَقْد أو فسخه مع التَّعويض، والتَّعويض هنا يكون حسب مقدار الضَّرر نقداً يزيد عن مقدارِ العُرْبون وهذا ما تقضي به القواعد العامَّة للمَسؤوليَّة العَقْديَّة.

أمّا أثر عدول المشتري فإذا عَدَل المشتري عن تنفيذِ العَقْد في المُدة المُحَدَّدة لهذا العُدُوْل انقضى التَّعاقُد وفَقَدَ المشتري قيمة العُرْبون الَّذي دفعهُ للبائع، وأصبح حق الآخر الاحتفاظ به دُون ربط ذلك بالضَّرر الَّذي قد يحدث للبائع أو قد لا يحدث[2].

وإذا لم يحدد الطَّرفان أصلاً فإنَّ خيار العُدُوْل يبقى إلى حين تنفيذ العَقْد فإذا تمَّ تنفيذ العَقْد من الطَّرفين دلَّ هذا على نيّتهما في التَّنازلِ عن هذا الخيار، وإذا تم تنفيذ العَقْد من طرفِ واحد سقط خيار هذا الطَّرف وتعيَّن على الطَّرف الآخر، إمّا تنفيذ العَقْد أو العُدُوْل عنه وفَقَدَ العُرْبون وإذا كان دفعه أو رد ضعفه إذا كان قد قبضه[3].

ولأثر عدول البائع القابض للعربون فالأمر مختلف لأن رد العُرْبون فقط يعني أنَّ البائع لم يخسر شيئاً وعاد إلى الحالة الَّتي كان عليها قبل التَّعاقُد على أنَّ هو الرافض لإبرام العَقْد أو عبَّر عن إرادته قبل إنتهاء المُدة برفض التَّعاقُد فإنَّهُ مُلزم بردّ العُرْبون ورد مثله للمشتري[4].

---

(1) أبو السُّعود، رمضان، النّظرية العامّة للالتزام، ص104.

(2) فوده، عبدالحكيم، الوعد والتّمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، دار الكتب القانُونيّة، 1992، ص243.

(3) سلطان، انور، مصادر التزام في القانُون المَدنيِّ، الطَّبعة الاولى، منشورات الدار الجامعية، عمان، ص85 وما بعدها.

(4) فوده، عبدالحكيم، الوعد والتّمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، ص242وما بعدها.

ويعتبر العرف وسيلة مساعدة في التّعرّف على دلالة العُربون خاصة عند غموض العبارة، ففي حالة ما إذا تبين قصد المُتعاقِدين في تحديدِ دلالة العُرْبون فيفترض أنَّهُما أرادا فسح المجال إلى العرفِ أو النَّصوص القانُونيَّة المفسرة أو المكمَّلة لتحديد هذه الدلالة[1].

وقد أخذ المُشرِّع الأُردنيّ بالعرف الجاري في المُعاملات وذلك في نصِّ المادَّة (2/239) والَّتي تنُصُّ على أنَّه "إذا كان هناك محل لتفسير العَقْد فيجب البحث عن النِّيةِ المشتركة للمتعاقدين دُون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الإستهداءِ في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانةِ وثقةِ المُتعاقِدين وفقاً للعرف الجاري في المُعاملات". ويُقصدُ بالعرف الجاري في المُعاملات هو كُل ما اعتاد عليه الأطراف في العمل أو نوعية العَقْد بإعتباره شرطاً مألوفاً.

ويبقى في هذا المجال التّفرقة بين العرف كعامل من العوامل الَّتي تساهم في تفسير العَقْد، وبين العرف كمصدر من مصادر القانُون، فمخالفةِ القاضي للعرفِ في الحالةِ الأوَّلى لا يعرض حُكمه للنقضِ، أمّا إذا خالفه في الحالة الثَّانيه نُقِضَ حُكمه[2].

### 3.1.4 الشَّرط الجَزائيّ(التَّعويض الاتِّفاقي)

يُعرفُ الشَّرط الجَزائيّ أنَّهُ "اتِّفاق يُقدر فيه المُتعاقِدان سلفاً التَّعويض الَّذي يستحقه الدَّائن إذا لم ينفذ المَدين التزامه أو إذا تأخر في تنفيذه"[3]، ويُعرفُ الشَّرط الجَزائيّ أيضاً "هو تقدير اتِّفاقي للتعويض أي مبلغ جزافي يُقدر به الطَّرفان مقدماً للتعويض الَّذي يستحق لأحدهما عن الضَّرر الَّذي يلحقه نتيجة فعل ضار يقترفه الآخر ويُعتبر اتِّفاقاً يتعلق بالمَسؤوليَّة ويفترض من ثمَّ توفر جميع عناصرها لأنَّهُ لا

---

(1) الصراف، عباس حسن، شَرْح عقد البيع في القانُون المَدنيّ الكويتي، دار البحوث العلمية، 1975، ص30.

(2) السّنهُوري، عبدالرزاق، الوسيط في شَرْح القانُون المَدنيّ، ص612.

(3) سلطان، انور، أحكام التزام، ص71.

يعدو أن يكونَ استبدلاً بالتقدير القضائيّ للتعويضِ تقديراً اتِّفاقيَّاً له ولا يَتَرتَّب عليه أدنى تغيير في طبيعته القانُونيَّة"[1].

ويبدو أنَّ الشَّرط الجزائي هو عبارة عن شرطٍ يتضمن مقدار التَّعويض الَّذي يحصل عليه الطَّرف المقابل في حالةِ حدوث ضرر نتيجة إخلال الطَّرف الآخر، ويضع هذا الشَّرط ضمن شروط العَقْد الأصلي ويُقدَّر باتِّفاق الطَّرفين.

ووظيفة الشَّرط الجَزائيّ يُمكن تتلخص في أنَّهُ يؤدي وظيفة هامَّة ذات مظاهر متعددة، وهي قطع دابر النّزاع المحتمل حول مقدار التَّعويض، وكذلك الضَّغط على المَدين لتنفيذِ التزاماته، وتحديد التَّعويض الاتِّفاقي بطريقة شبة عادلة لأنَّهُ تصبح اقرب ما تكون للحقيقة، وجعل رقابة القاضي على تقديرِ التَّعويض رقابةً هادئةً ومحدودة[2].

ويُقصد المُتعاقِدان عادة بالشَّرط الجَزائيّ تجنب تحُكم القضاء وتدخل أهل الخبرة في تقديرِ التَّعويض الَّذي يستحقه الدَّائن إذا اخل المَدين بالتزامه، على أنَّ هذا الغرض قلَّما يتحقق إذ سيكون دائماً لأحد الطَّرفين مصلحة في المنازعةِ في مقدار التَّعويض المتفق عليه، وقد يُقصدُ بالشَّرط الجَزائيّ التَّحايل على أحْكامِ القانُون المتعلقة بفوائدِ التأخير، فإذا ثبت ذلك على الدَّائنِ قصده بحيث لا يكون له أنْ يحصل على ما يزيد عن الحدِّ الأقصى للفوائدِ، وكذلك قد يُقصدُ بالشَّرط الجَزائيّ تعديل أحْكام المَسؤوليَّة إمّا بالإعفاء أو بالتخفيف منها إذا كان المبلغ المتفق عليه يقل كثيراً عن الضَّررِ المتوقع حصوله، وفي هذه الحالة يتقيد بالقيود الَّتي يتقيد بها الإعفاء أو التخفيف من المَسؤوليَّةِ، وإمّا بالتّشديد فيها إذا كان هذا المبلغ مبالغاً فيه مبالغة فاحشةً، وفي هذه الحالة الأخيرة يكون للشرط شأن التَّهديد المالي ويكون للمَحْكمة أن تخفِّضَه، وأخيراً قد يُقصد بالشَّرط الجَزائيّ تأكيد التزام المَدين في التّعهدِ عن الغيرِ بتحديد مبلغ التَّعويض

---

(1) ابو سعد، محمد شتا، التّعويض القضائيّ والشَّرط الجزائيّ والفوائد القانُونيّة، دار الجامعة الجديدة للنشر والتَّوزِيع، الاسكندرية، 2001، ص69.

(2) ابو سعد، محمد شتا، التّعويض القضائيّ والشَّرط الجزائيّ والفوائد القانُونيّة، ص70وما بعدها.

الَّذي يلتزم به المتعهد مقدماً إذا لم يقبل الغير التَّعهد أو تثبيت المصلحة الماديَّة الَّتي للمشترط في الاشتراطِ لمصلحةِ الغير[1].

وهنا يجب أنْ نميز بين الشَّرط الجَزائيّ والعُرْبون من حيث أوجه الشبة وأوجه الاختلاف؛ فأوجه الشبه أنَّ كُلاً منهما لا يجوزُ البحث فيه إلا عند عدم تنفيذ الالتزام التَّعاقُدي من قبل أحد الطَّرفين المُتعاقِدين، وكان عدم التَّنفيذ راجعاً إلى اختياره أو ناشئاً عن فعله أو فعل واحدٍ مما يسأل عن أعمالهم مَسؤوليَّة تعاقدية[2].

ولا يَجُوز للقاضي أن يحُكم بالشَّرط الجَزائيّ، أو بعربون البتات إذا كان التَّنفيذ العينيّ ممكناً، إلا إذا كان مُرْهِقاً لمَدين شريطة ألّا يلحق ضرر جسيم جراء الحُكم بالتَّعويض[3]، وكذلك من أوجه الشَّبه بين العُرْبون والشَّرط الجَزائيّ، أنَّ كُلا منهما يمتاز بطابع التبيعة لاتِّفاقٍ أصيلٍ، ويُلاحظ أنَّ العُرْبون والشَّرط الجَزائيّ لا يستحقان إذا تمَّ الفسخ للعَقْد برضاهما أو استحالة التَّنفيذ بسبب أجنبي أو قوة قاهرة ليس لإرادتهما يد في حدوثها، وللقاضي سُلطة تقديريَّة واسعة في تعديلِ الشَّرط الجَزائيّ ليتناسب مع الضَّرر، ويتمتع بذات السُّلطة إذا كانت دلالة العُرْبون تنُصرف إلى البتات[4].

أمّا وجه الاختلاف بين الشَّرط الجَزائيّ والعُرْبون فلا يستحق الشَّرط الجَزائيّ إلا إذا تحقق ضرر للمتعاقد جراء عدم تنفيذ المُتعاقِد الآخر، في حين يستحق العُرْبون إذا كان قد دفع لغرضِ العُدُوْلِ عن العَقْدِ، ولو لم يَتَرتَّب على العُدُوْلِ عن العَقْدِ أي ضرر[5]، وأنَّ الشَّرط الجَزائيّ تعبير إرادي مصاغ في بند من بنود العَقْد كشرطٍ من

---

(1) اسماعيل، سمر فايز، العربون في العقود، منشورات زين الحُقُوقية، الطَّبعة الاولى، 2009، ص67.

(2) السّنهُوري، عبدالرزاق، الوسيط في شَرْح القانُون المَدنيِّ، نظرية الالتزام بوجه عام، ص264.

(3) درادكة، فُؤاد صالح، الشَّرط الجزائيّ (التّعويض الإتفاقي) في القانُون المَدنيِّ الأُردنيّ دِراسة مُقارنة، مطابع دار الشعب، عمان، 1995، ص247 .

(4) السّنهُوري، عبدالرزاق، الوسيط في شَرْح القانُون المَدنيِّ، ص846-847.

(5) السّنهُوري، عبدالرزاق، الوسيط في شَرْح القانُون المَدنيِّ، ص864.

شروطه، أمّا العُرْبون فهو عبارة عن مبلغٍ من المالِ يدفعه أحد المُتعاقِدين للآخر عند إبرامِ العَقْدِ[1].

والشَّرط الجَزائيّ يَجُوز للقاضي تعديله زيادةً أو نقصاً وهذا ما خالف فيه المشرع الأُردني التشريعات العربية مثل التشريع المصري حتى يتناسب مع الضَّرر الفعلي، أمّا العُرْبون فهو مبلغ مقطوع استلمه أحد المُتعاقِدين فلا يَجُوز للقاضي تعديله[2]، والشَّرط الجَزائيّ لا يَرفع عن المُتعاقِدين (المَدين) واجبه الأوَّل في تقديمِ التَّنفيذ العينيّ ولا يسقط حق الدَّائن في طلب هذا التَّنفيذ إذا كان ذلك ممكناً، بمعنى أنَّ المَدين ليس حراً في أن يعدَل عن التَّنفيذِ العينيّ، أمّا في عربون العُدُوْل فيكون الخيار للطرفين وفي تنفيذ العَقْد أو العُدُوْل عنه مقابل دفع مقداره[3]، وأنَّ الشَّرط الجَزائيّ لا يستحق إلّا بعد الاعذار أمّا العُرْبون فلا يشترط لاستحقاقه الاعذار[4].

ويتلخص وممَّا سبق نجد أنَّ هنالك فارقاً واحداً يميز بينهما في أنَّ العُرْبون مال مُعين يدفعه أحد المُتعاقِدين للآخر، أمّا الشَّرط الجَزائيّ فهو تعبير مشروط في العَقْد وأنَّ الفوارق الآخرى إنَّما تتعلق بالأحْكام العامّة[5].

وتجدر الإشارة إلى أنَّهُ ينبغي الرُّجوع إلى نيةِ المُتعاقِدين لمعرفة ما إذا كان قد أراد باشتراطهما وضع شرط جزائي عن عدم التَّنفيذ، ومن ثمّ يكون من الجائز تعديله في الحالات الَّتي يَجُوز فيها ذلك، ولا يكون لأي من الطَّرفين المُتعاقِدين حق في العُدُوْلِ أم إرادة عربوناً بمثابة ثمن لاستعمال حقهما بالعُدُوْلِ كما لا يَجُوز تعديل مبلغ العُرْبون[6].

---

(1) حجازي عبدالحي، النّظرية العامّة للالتزام، المطبعة العالمية، بدون سنة نشر، ص82.

(2) درادكة، فُؤاد صالح، الشَّرط الجزائيّ (التّعويض الإتفاقي) في القانُون المَدنيِّ الأُردنيّ دِراسة مُقارنة، ص249.

(3) سلطان، انور،أحكام التزام، دار النّهضة للطباعة والنشر، 1980، ص84.

(4) الحكيم، عبدالمجيد، المُوجز في شَرْح القانُون المَدنيِّ، مصادر التزام، ص58.

(5) درادكة، فُؤاد صالح، الشَّرط الجزائيّ (التّعويض الإتفاقي) في القانُون المَدنيِّ الأُردنيّ دِراسة مُقارنة، ص250.

(6) سلطان، انور، احكام التزام، ص77.

أمّا بالنِّسبةِ لسُلطةِ القاضي في تعديلِ الشَّرط الجَزائيّ في الفقهِ والقانُون الوضعي فالأصل أنَّهُ إذا تحققت شروط استحقاق الشَّرط الجَزائيّ تعين على القاضي الحُكم بالمبلغ المتفق عليه دُون زيادة أو نقصان وهو يتمتع بسلطةٍ واسعةٍ مُطلقةٍ في هذا الشأن ولا تعقيب على مَحْكمة التَّمييز، ولكن أجاز المُشَرِّع للقاضي في حالات مُعينه استثناء على الأصلِ تعديل الشَّرط الجَزائيّ المتفق عليه سواء بالنّقصِ أو بالزِّيادةِ وقد منعت التّقنينات المدنيّة على الأفرادِ الاتِّفاق باستبعاد السُّلطة الَّتي منحتها للقاضي بهذا الشأن واعتبرتها من النِّظام العام[1].

ولبيانِ سلطةِ القاضي في تخْفِيضِ الشَّرط الجَزائيّ يجب أنْ نُبيِّنَ الحالاتِ الَّتي يَجُوزُ للقاضي تخْفِيض الشَّرط الجَزائيّ ففي الحالةِ الأوَّلى وهي حالةُ عدمِ التَّنفيذِ الجُّزئيِّ ويشترط لحالةِ عدمِ قيام المَدين بتنفيذ التزامهِ أصلاً، فإنَّهُ ينبغي على القاضِي في الحالةِ الَّتي يُثبتُ فيها المَدين بِأنَّهُ قد نَفَّذَ جُزءٍ من هذا الالتزامِ إلَّا ما يَلزَمُهُ بكاملِ المبلغِ المُقَدَّرِ في الشَّرطِ الجَّزائيّ فالعدالةُ تَقضِي بِألَّا يلتزمَ بِهِ كاملاً إذ إنَّ قيام القاضي بتخْفِيضِ هذا المبلغ بنِسبةِ ما نفَّذَ المَدين من التزامهِ الأصليِّ يكون احتراماً لإرادةِ المُتعاقِدين ويعتَبرُ الأساسُ المقدَّرُ في الشَّرطِ الجَزائيِّ، فيخفَّض هذا المبلغ إلى النّسب الَّتي تتفق مع الجزء الباقي دُون تنفيذ الالتزام الاصليِّ[2].

الحالة الثَّانية الَّتي تكون فيها مقدار الشَّرط الجَزائيّ مُبالَغ فيه إلى درجةٍ كبيرةٍ وقد استقرَّ الفِقهُ والقضاءُ مَنح القاضي صلاحيَّةِ تخْفِيض الشَّرط الجَزائيّ إذا كان قد تبين أنَّ تقدير التَّعويض المُقدَّر به مبالغاً فيه إلى درجةٍ كبيرةٍ وأثبت المَدين هذه المبالغ[3].

ويقال في تبريرِ هذه الحالة أنَّهُ إذا كان محل الالتزام الاصلي مبلغاً من النّقود، فيكون المقصود بالشَّرط الجَزائيّ المُبالَغ فيه إخفاء فوائد ربويَّة يتوجَّب تخْفِيضها إلى

---

(1) درادكة، فُؤاد صالح، الشَّرط الجزائيّ (التّعويض الإتفاقي) في القانُون المَدنيِّ الأُردنيّ دِراسة مُقارنة، ص248.

(2) السّنهُوري، عبدالرزاق، الوسيط في شَرْح القانُون المَدنيِّ، ص780.

(3) درادكة، فُؤاد صالح، الشَّرط الجزائيّ (التّعويض الإتفاقي) في القانُون المَدنيِّ الأُردنيّ دِراسة مُقارنة، ص351.

الحدِّ القانُونيّ، أمّا إذا كان محل الالتزام غير ذلك فيكون المقصود من المبالغة في الشَّرط الجَزائيّ أن يكون تهديداً ماليّاً لحملِ المَدين على الوفاءِ فيكون حُكمه عندئذ حُكم التهديد المالي، أي يَجُوز للقاضي إعادة النَّظر فيه وتقدير التَّعويض وفقاً للقواعد العامّة[1].

ويُضاف لذلك أيضاً أنَّ الشَّرط الجَزائيّ لا يُعرَض إلَّا لتقديرِ التَّعويض المُستحق فهو ليس سبباً لاستحقاقِ التَّعويض بل يَقتَصر على مجردِ تقديرِهِ مقدماً وفقاً للظروف والاعتبارات الَّتي ينشأ في ظِلِّها وقت الاتِّفاق بين الطَّرفين، فإذا تبيَّن بعد ذلك أنَّ الضَّرر الَّذي وقع لم يكن بالمقدارِ الَّذي ظَنَّه قبل وقوعِه، وتبين أنَّ تقديره مبالغ فيه إلى درجه كبيرة فإنَّ الأمر لا يخلو عندئذ من غلط في تقديره وقع فيه المُتعاقِدان أو ضغط وَقَعَ على المَدين فَرَضَخَ للشَّرطِ مع عِلمِهِ المُسبَق أنَّهُ مجحف بحقه وفي كِلا الأمرين ويجب تخْفِيض الشَّرط الجَزائيّ إلى الحد الَّذي يتناسب مع الضَّرر[2].

وشروط استحقاق البند الجَزائيّ أو كما يُسمِّيه البَعْض التَّعويض فالمقصودُ في التَّعويضِ الاتِّفاقيِّ أنَّه يحل محل التَّعويض القضائيّ، فإنَّهُ لإعمال الشَّرط الجَزائيّ توفر شروط استحقاق التَّعويض وهي الإخلال والضَّرر والعَلاقة السَّببيه وأخيراً الإنذار.

أمّا مَوْقِف القانُون المدنيّ الأُردنيّ لسلطة القاضي في تخْفِيض الشَّرط الجَزائيّ فقد نصت المادَّة (2/364) على أنَّهُ "يَجُوز للمَحْكمة في جميع الأحوال بناءً على طلب أحد الفريقين ان يعَدَل في هذا الاتِّفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر ويقع باطلاً كُل اتِّفاق يخالف ذلك".

ويتبيَّن لنا في هذا النّصِّ أنَّ القانُون الأُردنيّ لم يحدِّد الحالات الَّتي يَجُوز فيها للقاضي تخْفِيض تقدير التَّعويض للشرط الجَزائيّ، ولكنّه اشترط أنْ يكون ذلك بناءً على طلبِ أحد الأطراف وهنا عند المطالبةِ بالتخْفِيض يكون المَدين هو المعني في الطلب، وقد يظهر أيضاً هنالك حالات غير الحالَّتين السَّابقتين الَّتي أوردتهما والَّتي يَجُوز للقاضي تخْفِيض الشَّرط الجَزائيّ وقد تظهر أثناء التَّطبيق .

---

(1) مرقس، سليمان، الوافي في شَرْح القانُون المَدنيِّ، ص126.

(2) السّنهُوري، عبدالرزاق، الوسيط في شَرْح القانُون المَدنيِّ، ص781.

أمّا بالنِّسبةِ لسلطة القاضي في زيادة الشَّرط الجَزائيّ فهنا يجب أن نعرض الحالات الَّتي يَجُوز للقاضي زيادة الشَّرط الجَزائيّ وكذلك بيان مَوْقِف المُشّرِع الأُردنيّ من هذه الزيادة .

وقد قَضْت مَحْكمة التَّمييز أنَّه استقر الاجتهاد القضائيّ إذا كانت العَلاقة بين طرفي الدَّعوى هي علاقة تعاقدية وحدد العَقْد الالتزامات المُترتِّبة على كُلِ طرفٍ اتجاه الآخر ونكل أحد الأطراف عن تنفيذِ هذا الالتزامِ، فينبني على ذلك أنَّ التَّكييف القانُونيّ السليم للدعوى هو المُطالبة بالتَّعويضِ عن ضررٍ ناشئٍ عن الإخلالِ بالتزامٍ تعاقديٍّ وفقاً لأحْكام المَسؤوليَّة العَقْديَّة المنُصُوص عليها في الموادِ (360–364) من القانُون المدنيِّ، ويكون التَّعويض الواجب الحُكم بهِ في حالةِ ثبوتِ سببه هو الضَّرر المباشر الواقع فعلاً والمُتَوقَّعِ الحدوث، ولا يُحْكَم بالرِّبح والكَسبِ الفائتِ كما هو حال الدَّعاوى المؤسسةِ على الفعلِ الضَّارِ، وذلك وفقاً لقرارِ مَحْكمةِ التَّمييز حقوق (2009/741)[1].

ومن خِلال استعراضِ التَّقنينات المدنيّة ومن خِلالِ التَّطبيقاتِ القضائيّه لم نجد سوى ثلاث حالات يَجُوز فيها للقاضي زيادة قيمة الشَّرط الجَزائيّ وهي الحالات التالية:

**الحالة الأوَّلى:** الحالة الَّتي يكون فيها الشَّرط الجَزائيّ تافهاً أو ضئيلاً مع الضَّرر الفعليِّ[2].

**الحالةُ الثَّانية:** الحالةُ الَّتي يكون فيها الشَّرط الجَزائيّ تافهاً أو ضئيلاً إلى درجةٍ كبيرةٍ، وقد ارتَكَبَ فيها المَدين غِشَّاً أو خطأً جسيماً وقد قال السَّنهوري في هذا الصَّدد أنَّ الغِشّ والخطأ الجسيم مُحرَّم وِفْقاً لكُلِ القواعدِ إذْ لا يُعقَل أنْ يَمنَحَ القانُونُ المَدينَ غطاءً قانُونيّاً للتهربِ من مسؤوليّتِهِ، ووفقاً لذلك يُصبح الشَّرط الجَزائيّ الَّذي جاز أنْ يُخفف

---

(1) انْظُر: قرار مَحْكمة تمييز حُقُوق (هيئة خُماسيّة) رقم 2112 /2015 تاريخ 2015/8/20 والمَنشور في مَوقِع قِسطاس.

(2) درادكة، فُؤاد صالح، الشَّرط الجزائيّ (التّعويض الإتفاقي) في القانُون المَدنيِّ الأُردنيّ دِراسة مُقارنة، ص265.

من مَسؤوليَّةِ المَدينِ في حالةِ الإخلالِ العاديِّ، ولا يستطيع أنْ يُخفِّض مسؤوليّتِهش في حالَّتي الغِش والخطأ الجسيم[1].

**الحالة الثَّالثة:** الإحالة الَّتي يُقصد فيها الشَّرط الجَزائيّ الإعفاء من المَسؤوليَّة في نطاق الفعل الضَّار وأنَّ هذا الإعفاء يتعارض مع النّظام العام، وبالتالي فإنَّ الشَّرط الجَزائيّ الَّذي يتضمن إعفاء المَدين من مسؤوليته في نطاق الفعل الضَّار غير جائزٍ، ممَّا جَعَلَ حق المطالبة بزيادة قيمة الشَّرط الجَزائيّ[2].

أمّا مَوْقِف القانُون المدنيّ الأُردنيّ من سلطةِ القاضِي في زيادةِ قيمةِ الشَّرط الجَزائيّ فإنَّهُ لم يحدد حالات حصراً، وهذا ما قَضْت به المادَّة (2/364) بقولها "يَجُوز للمَحْكمة في جميع الاحوال بناءً على طلبِ أحد الطَّرفين أن تعَدَل في هذا الاتِّفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر ويقع باطلاً كُل اتِّفاق يخالف ذلك".

لكنَّ القانُون الأُردنيّ لم يكتفِ بهذِهِ الحالات بَل خَوَّلَ القاضي صلاحيَّةً واسعةً لزيادةِ الشَّرطِ الجَزائيِّ، ونعتقد بأنَّ المُشّرِع الأُردنيّ لم يَشَأْ تحديد الحالات الَّتي يُجِيز فيها مِثْل هذهِ السُّلطة لسببينِ أوَّلِهما مُسايرةً مِنْهُ لمبادئِ الفِقْهِ الإسلاميِّ الَّذي يتوخَّى العدالة في أرقى صُوَرِها وثانيهِما حتَّى يتسنَّى للقاضي إعمال هذه السُّلطة حسب الظُّرُوف والاعتبارات الَّتي تُحيط بالعَقْدِ من جهةٍ وبالمُتعاقِدين من جهةٍ أخرى، وبذلك يكون المُشّرِع الأُردنيّ قد أعطى القاضي سُلطة واسعة في تعديلِ الاتِّفاق ومَنْحِهِ مرونةً كبيرةً ومع ذلك لا بُدَّ للقاضِي من اعمالِ بعض الضوابط أثناء تصدير هذه المهمّة وإلا كان قراره عُرضةً للنقصِ[3].

ويَتعيَّن للقاضي أنْ يَحُكمَ بالشَّرطِ الجَزائيِّ المُتَّفق عليه ولو كان في مقدارِهِ عن الضَّررِ الواقعِ وفي هذا نزول على ارادةِ المُتعاقِدين الَّتي اجتمعت لها وقت الاتِّفاق على

(1) السّنهُوري، عبدالرزاق، الوسيط في شَرْح القانُون المَدنيِّ، ص878.

(2) درادكة ، فؤاد صالح، الشَّرط الجزائيّ (التّعويض الإتفاقي) في القانُون المَدنيِّ الأُردنيّ دِراسة مُقارنة، ص367.

(3) درادكة، فُؤاد صالح، الشَّرط الجزائيّ (التّعويض الإتفاقي) في القانُون المَدنيِّ الأُردنيّ دِراسة مُقارنة، ص380.

الشَّرطِ الجَزائيِّ عناصر تقدير الضَّرر المُتَوَقَّع حُصولِهِ إذا لَمْ ينفذ المَدين التزامه، وقصدت مع ذلك التَّخفيف من مسؤوليَّتِهِ، وطبيعيٌّ أنَّ هذه الإرادة لا يُعتَدُّ بها إلَّا بالنِّسبةِ إلى الفِعْلِ الضَّار العادي وهو المقصود وقوعه من المَدين فإنْ تجاوزَ الفعل الضَّار هذا الدرجة بِأَنْ لَجَأَ المَدين إلى الغِشِّ أو ارتكَبَ خَطَأً جسيماً، وعلى الدَّائنِ إثبات ذلك وقع الاتِّفاق باطلاً ويَتَعَيَّن على القاضي تقدير التَّعويض بما يَتَّفِق والضَّرر اللاحق بالدَّائن.

وأخيراً فإنَّ مَوْقِف القانُون المدنيّ الأُردنيّ من صلاحيَّةِ القاضِي في تخْفِيضِ الشَّرطِ الجَزائيّ، وهذا ما نصَّت عليه المادَّة (2/364) وأنَّ القاضي يتمتَّع بصلاحيَّةٍ واسعةٍ في تخْفِيضِ الشَّرط الجَزائيّ فهي قد تشمل حالاتٍ أخرى لا يُمكن أنْ نحصرها وقد تظهر من خِلال التَّطبيق، ويَجُوز للمَحْكمةِ تخْفِيض التَّعويض مع ما يناسب الضَّرر حسب أحْكام المادَّة (363) والمادَّة (364) من القانُون المدنيّ الأُردنيّ .

### 3.2 آثار المَسؤوليَّة التقصيريَّة في العُدُوْل عن التَّعاقُد.

تقوم المَسؤوليَّة التقصيريَّة كما ذكرت سابقاً على الفعلِ الضَّار والضَّرر والعَلاقة السَّببيَّة، فإذا توافرت الأرْكان كان هناك آثار تُخَلِّفُها هذه الأرْكان، لذلك يجب عندَ دراسةِ الآثار أنْ نُبَيِّن عناصر وطرق التَّعويض والأضرار الَّتي يتمُّ التَّعويض عنها عند حدوثِ ضررٍ في حالةِ العدولِ عنِ التَّعاقُدِ؛ وعلى ذلك سوف أقومُ بتقسيمِ ذلك الى عناصر وطرق تعويض الضَّرر والأضرار الَّتي يتم التَّعويض عنها في المَسؤوليَّة التقصيريَّة في حالةِ العدولِ عَن التَّعاقُدِ.

#### 3.2.1 عناصر وطرق تعويض الضَّرر.

إذا توافرت أرْكان المَسؤوليَّة التقصيريَّة من الفعلِ الضَّار والضرر والعلاقة السَّببيَّة، تحققت المَسؤوليَّة ووجب على المسؤولِ تعويض المَضرُور، وهو يصل إلى هذا التَّعويض عن طريقِ دعوى المَسؤوليَّة[1].

---

(1) ابو السُّعود، رمضان، النّظرية العامّة للالتزام، ص388.

وإنَّ الهدف من التَّعويضِ إنَّما هو جبر الضَّرر، أيْ إعادة المَضرُور بِقَدْرِ الإمكانِ إلى الحالة الَّتي كان عليها قَبْلَ وقوعِهِ، ومن المفروضِ أنْ يسري هذا المبدأ على تعويضِ الضَّرر الماديِّ والجَّسَديِّ على حدٍّ سواء(1).

وسبب الدَّعوى هو الواقعة القانُونيَّة الَّتي ينشأ عنها موضوع الدَّعوى، والسَّبب في دَعوى المَسؤوليَّة هو إخلال المسؤول بمصلحةٍ مشروعةٍ للمضرورِ، أمّا الوسيلة فهي الأسانيد الواقعة والقانُونيَّة الَّتي تُبَرِّر سبب الدَّعوى، فَقَد تكون هذه الوسيلة في الدَّعوى هي أنَّ المسؤول ارتَكَبَ إخلالاً عَقْديّاً أو ارتكب فِعْلاً ضاراً تقصيريّاً، وسواء أَكانَ هذا الإخلال واجب الإثبات أو مُفْتَرَضاً فهي كُلها وسائل للدعوى، وليست سبباً لها وعلى ذلك يستطيع المُدَّعي في مراحلِ دَعواه أنْ ينتقل بالدَّعوى من وسيلةٍ إلى أخرى فَهُوَ بإمكانهُ إذا رفع دعواه على أساسِ الفِعْلِ الضّار التَّقصيريّ المُفْتَرَض أو الإخلال العَقْديّ دُون أنْ يُعَدُّ ذلك طلباً جديداً ويَجُوز للقاضي أنْ يُصْدِرَ حُكماً استناداً على الفِعْلِ الضَّار التقصيريّ الثَّابِت، بينما تكون الدَّعوى قد رُفِعَت على أساسِ الفعل التقصيريّ المفترض دُون أنْ يُعَدُّ ذلك قضاءً بما لم يطلبه المخصوم(2).

وعلى ذلك فإنَّ المَسؤوليَّة التقصيريَّة إذا اكتملت أرْكانها ووقع الضَّرر على المَضرُورِ بفعل المسؤول عنه فَإنَّهُ على الآخَرِ جَبْر الضَّرر سواءً أكان الضَّرر ماديَّاً أو أدبيَّاً، ويستطيع المَضرُور أنْ يرفع دعوى إضرار ضد المسبب وتعويضِهِ تعويضاً مُناسِباً بِما يَنْسَجِم مع جبرِ الضَّرر.

والتَّعويض جزاء المَسؤوليَّة المَدَنِيَّة، وهي وسيلة القضاء لمحوِ الضَّرر أو تخفيف وطأته، وبهذا يختلف عن العُقوبةِ اختلافاً واضحاً فالغاية من العُقوبةِ زجر المخطئ، وتأديبه والغاية من التَّعويضِ جبر الضَّرر وإصلاحه، ولهذا كان لجسامةِ

---

(1) السّرحان، عدنان ابراهيم، خاطر، نُوري احمد، شَرْح القانُون المَدنيِّ، مصادر الحُقُوق الشّخصية، ص482.

(2) ابو السُّعود، رمضان، النّظرية العامّة للالتزام، ص390 وما بعدها.

الفعل أثر كبير على مقدارِ العُقوبة وكان التَّعويض يدورُ مع الضَّررِ، ولا أثر لمقدارِ الفعل عليه، ومعنى هذا أنْ يتكافأ التَّعويض مع الضَّررِ فلا يزيدُ ولا ينقصُ عنه[1].

وقد يحدثُ أنْ تتغير قيمة الأضرار منذ أنْ وقعت حتى صدور الحُكم، ويَتَرتَّب على ذلك أنَّ دَين التَّعويض المحكوم به في دعوى المَسؤوليَّة لا يسقط بالتَّقادُم إلا بإنقضاء المُدة المقررة من يوم صدور الحُكم كما تسري فوائد التأخير من هذا اليوم، ويراعى أن القاضي قد يرى أثناء نظر دعوى المَسؤوليَّة أنَّ المَضرُور في حاجه قصوى إلى نفقةٍ مؤقتة يدفعها له المسؤول من حساب التَّعويض الَّذي سيقضي له به فيَجُوز للمَحْكمة أن تقضي بهذه النّفقة بشرط أن يكون مبدأ المَسؤوليَّة قد تقرر ولم يبقِ سوى تقرير التَّعويض وأن عناصر تقرير التَّعويض لا تزال في حاجه إلى وقت طويل حتى تتبلور وأن يكون المَضرُور في حاجه ماسةٍ إلى هذه المنفعة المطالب بها أقل من مبلغ التَّعويض المتوقع إصدار الحُكم به[2].

ويرتكز التَّعويض على عنصرين مهمين الخسارة الَّتي أصابت المَضرُور من جراء الفعل الضَّار، والكسب الَّذي فاته على أن يكون هذا وذاك نتيجة طبيعية للعملِ الضَّار، وهذان العنصران يخصَّان الضَّرر المادي الواقع على المالِ أو النَّفس، وينبغي على القاضي إن يستحضرهما عند تقديرِ التَّعويض، لكي لا يتحول التَّعويض إلى وسيلةِ إثراء على حسابِ محدث الضَّرر[3].

وهنالك طرق للتعويضِ وهما التَّعويض العينيّ والتَّعويض بمقابل، والتَّعويض بمقابل ينقسم إلى تعويض نقدي وتعويض غير نقدي وكُلاهما التَّعويض العينيّ بمقابل فهما يؤديان الغرض لجبرِ الضَّرر والخسارة الَّتي لحقت المَضرُور من جراءِ محدث الضَّرر، ويكون التَّعويض مقدراً بما يتناسب مع الضَّرر .

---

(1) الذّنون، حسن علي، الرحو، محمد سعيد، الوجيز في النّظرية العامّة للالتزام، ص293.

(2) ابو السُعود، رمضان، النّظرية العامّة للالتزام، ص397 وما بعدها.

(3) الذّنون، حسن علي، الرحو، محمد سعيد، الوجيز في النّظرية العامّة للالتزام، ص294.

أمّا التَّعويض العينيّ فيُقصد به الحُكم بإعادة الحالة الَّتي كانت عليه قبل وقوع الضَّرر، وهذا النّوع من التَّعويض هو الأفضل إن كان مُمكناً، لأنَّهُ يعني محو الضَّرر تماماً ووضع المَضرُور في نفس الحالة الَّتي كان عليها قبل وقوعها[1].

ويكون التَّعويض عينياً حيث يجبر المَدين على التَّنفيذ على سبيل التَّعويض ويتحقق ذلك غالباً عندما يتخذ الفعل الضَّار الَّذي ارتكبه المَدين صُورة القيام بعملٍ مخالف يُمكن إزالته، فإذا بنى شخص حائطاً في ملكه ليسد على جاره الضَّوء والهواء تعسفاً منه، جاز للتقاضي أنْ يكون التَّعويض عينياً عن طريقِ هدم هذا الحائط، ويراعى أنَّ القاضي ليس ملزماً بالتَّعويض دائماً، ولكن يتعين عليه ذلك إذا كان ممكناً وطلبه الدَّائن أو تقدم به المَدين[2].

ويثار التَّساؤل هنا في مجال الالتزام بالاستمرار في التَّفاوض الَّذي يفرضه حسن النّية، فقد ذهب جانِب من الفقه إلى إمكانية الحُكم بالتَّنفيذ العينيّ على المُتفاوض الَّذي قطع المُفاوضات واقتنع عند تنفيذ التزامه بالاستمرار في التَّفاوض، ويتحقق التَّنفيذ العينيّ في هذا السياق باعتباره العَقْد الَّذي حال قطع المُفاوضات دُون انعقاده منعَقْداً جبراً على إرادة المفاوض الَّذي قطعها، فمثلاً لو قطعت المُفاوضات نتيجة رجوع الموجب عن إيجابه، فإنَّ الموجب إليه يعوض باعتباره العَقْد منعَقْداً جبراً على إرادة الموجب الَّذي نقض الإيجاب[3].

ويرى بعض الفقه استبعاد إجبار المَدين على التَّنفيذِ العينيّ في مجالِ التَّفاوض، وذلك لأنَّ محل الالتزام هو التَّفاوض ومن ثمّ يستحيل إجبار المَدين على التَّفاوض أو

---

(1) السّرحان، عدنان ابراهيم، خاطر، نُوري احمد، شَرْح القانُون المَدنيِّ، مصادر الحُقُوق الشّخصية، ص485.

(2) ابو السُّعود، رمضان، النّظرية العامّة للالتزام، ص394.

(3) العلواني، فُؤاد، الربيعي، عبد جمعه،الإحكام العامّة في التّفاوض والتّعاقُد، بيت الحكمة، الطَّبعة الاولى، بغداد، ص26.

اختيار من يمثله فيه، كما أَنَّهُ لا يتصُور أنْ يحمل القضاء محل إرادة الأطراف في إبرام العَقْد[1].

ويبدو أنَّ محل الالتزام هو التَّفاوض وليس للعَقْد المراد إبرامُه ولذلك فليس من المعقول القول بأنَّ العَقْد قد انعَقْد لأنَّ المُتفاوض يمتنع الدخول في عملية التَّفاوض ولكن إذا أجبر القاضي المُتفاوض الدخول في التَّفاوض، فإنَّهُ يمس بحُرية المُتعاقِد وكذلك لا تستطيع المَحْكمة أن تضع طرفاً يمثل المُتفاوض، حتى ولو وصلت إلى مرحلة متقدمه يُمكن معها إبرام العَقْد، ولذلك فإنه يبدو أنَّ التَّنفيذ العينيّ لا يُمكن أنْ يكون في هذه المرحلة؛ والسَّبب في ذلك أنَّ الإجبار على التَّفاوض يمس حُرية المُتفاوض وأنَّهُ غير مجدٍ ولا يكُلل بالنَّجاح، وعلى ذلك يتم استبعاد التَّنفيذ العينيّ في التَّفاوض .

وإذا لم يكن بالإمكان القضاء بالتَّعويض العينيّ وجبر الضَّرر فلم يبقِ للقاضي سوى أن يحُكم بالتَّعويض بمقابل، والتَّعويض بمقابل يقسم إلى تعويض نقدي وتعويض غير نقدي .

والتَّعويض غير النّقدي أن تأمر المَحْكمة بأداء أمر مُعين على سبيل التضمين ومثل هذا التَّعويض لا هو بالتَّعويض العينيّ، ولا هو بالتَّعويض النّقدي، ولكنه قد يكون أنسب ما تقتضيه الظُّرُوف في بعض الصُور ومثال ذلك التَّعويض عن الضَّرر الأدبيّ الَّذي أصاب المَضرُور من قضايا السَّب والشَّتم[2].

ولا يشترط في الخسارة الَّتي يعوض عنها أنْ تكون مادية بل من المُتَصَور أنْ تكون أدبية، كما آثار الأقاويل حول السمعة أو المركز المالي للمُتفاوض فمثلاً قد يثق المُتفاوض بأنَّ المُفاوضات ستؤدي حتماً إلى إبرام العَقْد، فيعتمد على ذلك ويبرم عَقْداً

---

(1) مرقس، سليمان، شَرْح القانُون المَدنيِّ، ص174.

(2) السّرحان، عدنان ابراهيم، خاطر، نُوري احمد، شَرْح القانُون المَدنيّ، مصادر الحُقُوق الشّخصية، ص487.

آخر مع الغير، ثمّ لا يستطيع تنفيذ هذا العَقْد بسبب قطع المُفاوضات فيضعف الثِّقة والائتمان به وتسوء سمعته التِّجارية(1).

أمّا بالنِّسبةِ للتعويض النّقدي فإنَّ الأصل أنْ يكون مبلغاً من المال يلزِم القاضي المسؤول عن الضَّرر الَّذي يدفعه للمضرور دفعه واحدةً، ولكن ليس هنالك ما يمنع القاضي من إن يلزم مسؤول عن الضَّررِ بدفع على شكُلِ أقساطٍ أو مرتبٍ دوري لمُدةِ مُعينة، أو مدى حياة المَضرُور(2).

ويبدو أن التَّعويض بمقابل سواء أكان نقدياً أو غير نقدي فإنَّهُ من المُتَصَور أن يكون تعويضاً عن الضَّرر الذي الذي أصاب المُتفاوض جراء عدول الطَّرف الآخر عن عملية التَّفاوض إذا كان هنالك ضررٌ، ويقوم بتعويض عادل وشامل ومناسب مع الضَّرر الَّذي لحق المَضرُور .

أمّا وقت تقدير التَّعويض فذهب بعض الفقهاء إلى أنَّ تقدير الضَّرر يكون وقت وقوعه، والراجح لدى الفقهاء أنَّ العبرة بتقدير التَّعويض بيوم الحُكم لا بيوم وقوع الفعل ولكن يُلاحظ أنَّهُ إذا كان من حق المتضرر أنْ يطالب بالأضرار المتزايدة إلى يوم النّطق بالحُكم، فليس من حقه المُطالبة بها إذا كانت هذه الزيادة ترجع إلى إهماله أو خطئه(3).

### 3.2.2 الأضرار الَّتي يتم التَّعويض عنها .

أن التَّفاوض يتم بالاتِّفاق بين المُتفاوضين ولم يأتِ صدفة فبدخول الطَّرفين في التَّفاوض يكونان قد تجاوزا مرحلة اللقاءات الَّتي تتم عادة بالمصادفة والَّتي تحُكمها قواعد المَسؤوليَّة التقصيريَّة، ومن غير المعقولِ أنْ يكونا الطَّرفان قد وجدا نفسيهما

(1) محمد، عمر سالم، الطّبيعة القانُونيّة السّابِقة على التّعاقُد، ص20

(2) السّرحان، عدنان ابراهيم، خاطر، نُوري احمد، شَرْح القانُون المَدنيّ ، مصادر الحُقُوق الشّخصية، ص489.

(3) الذّنون، حسن علي، الرحو، محمد سعيد، الوجيز في النّظرية العامّة للالتزام، ص294 وما بعدها.

بتفاوضان فجأة وبدُون اتِّفاق بما أنَّهُ تصرف ثنائي من جانِبين أو أكثر، فهو لا يتحقق إلا بحدوث نوع من الاتصال بين الأطراف ويهدف الطَّرفان إلى إحداث أثرٍ قانُوني مُعين، وهو الوصول لمرحلة تمهد للعَقْد المُزْمَع إبرامُه ويلتزم المُتفاوضان بالتزامات حقيقية وليست واجبات إنسانية[1].

ويتحدد نطاق التَّعويض بموجب أساس واحد لا ثاني له وهو الضَّرر، فخصوصية المَسؤوليَّة المدنيّة تتمثل في أنَّها تهدف إلى إعادة وضع المَضرُور بقدر الإمكان وعلى نفقة المسؤول عن الضَّرر في نفس الوضع الَّذي كما سيصير فيه لولا وقوع الضَّرر[2].

وكما تحدثت سابقاً فإنَّ التَّعويض يجب أنْ يكون مساوياً للضرر ويجب أنْ يغطي عناصر التَّعويض، وإعادة الحال الَّتي بقدر الإمكان يُمكن تعويض ما حصل له من ضرر وتعويضه تعويضاً كاملا سواء الخسارة اللاحقة والكسب الفائت وان يلائم الحقيقة، وبالنِّسبةِ لقاعدة أنَّ التَّعويض يجب أنْ يشمل الخسارة اللاحقة والكسب الفائت فقد اخذ المشروع الأُردنيّ في نص المادَّة (266) من قانُون المدنيّ الأُردنيّ والتي تنص على أنَّه "يُقدر الضّمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المَضرُور من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعيه للفعل الضَّار"، وهنا يرى المُشِّرع الأُردنيّ أنَّهُ كان موفقاً لأنَّها العبارة ما لحق المَضرُور من ضرر أكثر شموليّة فإنَّها تشمل الضَّرر المادي وممكن أن يدخل تحت معنى الضَّرر المقابل للتعويض .

ووجوب التَّعويض الكامل لكُل عنصر من عناصر الضَّرر فإنَّهُ يجب أنْ يغطي الضَّرر المادي والأدبيّ فهو يجب أنْ يغطي كامل الضَّرر المادي بكافة إشكاله وعناصره ويغطي عناصر الضَّرر المعنوي[3]، ويشمل التَّعويض الأضرار الأدبيّة

---

(1) بارود، حمدي، نحو ارساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد، ص727.

(2) السّرحان، عدنان ابراهيم،خاطر، نُوري احمد، شَرْح القانُون المَدنيِّ، مصادر الحُقُوق الشّخصية، ص490.

(3) السّرحان، عدنان ابراهيم، خاطر، نُوري احمد،شَرْح القانُون المَدنيِّ، مصادر الحُقُوق الشّخصية، ص491.

والمادية الَّتي لحقت بالطَّرف الآخر الَّذي أحدث الإخلال بالتزام في التَّفاوضِ بحُسن النّية في مواجهته، وبما أنَّ الأضرار كثيرة ومتنوعة، إلا أنَّ أهمها نفقات التَّفاوض والوقت الضَّائع ثمّ تفويت الفُرصة.

ونفقات التَّفاوض تشمل كافة المصاريف الَّتي تكبَّدها المُتفاوض المَضرُور في سبيل التَّفاوضات والإعداد للعَقْد والدراسات الفنية وتقارير الجزاء والسّفر والإقامة والاتصالات بالإضافة إلى الأضرار النّاشئة عن إفشاء معلومات وبيانات عن استعمال مهارات التَّفاوض، ولكن يجب تعويض تلك النّفقات إلا يكون سببها إخلال الدَّائن المَضرُور كما لو ثبت أن هذه النّفقات كان سببها خفته وسذاجته فهنا لا يكون من حقه استرداد المصروفات من الطَّرف المسؤول، كما يجب أن تكون تلك النّفقات باهظة ومبالغاً فيها وخارجةً عن المألوف .

ويُلاحظ أنَّ هذه المصاريف الَّتي خسرها المُتفاوض المتضرر من هذه العملية التَّفاوضيَّة من الإعداد والتَّحضير وإيجاد الخُبراء للبحث والتّواصل من أجل إبرام العَقْد النّهائي إنما تكون خسارة حقيقية للمُتفاوض المتضرر، ولذلك يجب أن يتحملها المُتفاوض الدَّائن ويتحمل تبعات تلك المصاريف وردّها إلى المتضرر في حالة انقطاع التَّفاوض بطريقه تعسفية.

ويجب أنْ تكون هذه النّفقات تمت بمناسبة التَّفاوض أو بسببه من ثمّ لا مجال لاسترداد ما أنفقه المُتفاوض مثل بدء التَّفاوض ولا ما أنفقه بعد عمله بانسحاب المُتفاوض الآخر كما لا يجب أن يكون المُتفاوض قد تكبد هذه النّفقات بسبب خفته وسذاجته[1]، أمّا بالنِّسبةِ للوقت الضَّائع فيتمثل في الساعات أو الأيام أو الشهور الَّتي إستغرقتها المُفاوضات دُون جدوى في المناقشات أو التنقلات من مكان إلى مكان آخر

---

(1) لطفي، محمد حسام، المسؤولية المَدنيِّة في مرحلة التّفاوض، النسر الذهبي للطباعة،القاهرة،1995، ص92.

ومن بلد إلى بلد آخر[1]، وأنَّ ضياع الوقت من الأضرار المتوقعة عاده في المُفاوضات ويستحق التَّعويض عنه كُل ما قام الدليل عليه .

فمثلاً يعوض المُتفاوض عن الوقت الَّذي أضاعه في بلد ما للبحث عن الآلات اللازمة للمصنع الَّذي كان متفقاً على إنشائه مع بالطَّرف الآخر في المُفاوضات والمُتمثل في إهماله مباشرة محله التِّجاري في بلده خِلال المُدة الَّتي قضاها في الخارج[2].

وعلى ذلك يتبين لنا أنَّ الوقت الضَّائع هو عبارة عن مدة يستغرق خِلالها المُتفاوض في البحث والتّحري من اجل الوصول إلى العَقْد المُزْمَع إبرامُه ويتفاجأ المُتفاوض بان الطَّرف المقابل في المُفاوضات قد عَدَل عن التَّفاوض وأنَّ عدوله في التَّفاوض كوقعة مادية قد ألحقت به خسارة من ضياع وقته عن الكسب والرِّبح، لذلك يتبين لنا أنَّهُ ضرر متوقع ويجب التَّعويض عنه إذا تأكد القاضي من إقامة الحجة على الدَّائن المُتفاوض المتضرر تعويضاً ملائماً بما يتناسب مع الوقت الضَّائع، أمّا بالنِّسبةِ لتعويض الفرصه فيُقصد بها الحرمان من فُرصة جادة وحقيقية لتحقيق كسب احتمالي.

وإذا كان الضَّرر الاحتمالي لا يعوض عنه لكونه ضرر غير محقق الوقوع في الحال أو المُستقبل، غير أنَّهُ يُمكن اعتباره مجرد الحرمان من التطور المعتاد للأمور والَّذي كان يحتمل معه الكسب فير حد ذاته ضرراً مُحققاً يتمثل في الحرمان من فُرصة الكسب؛ ويُقصد بها الحرمان من فُرصة حقيقية وجادة لتحقيق كسب مالي[3].

والتَّعويض هنا لا ينصب على الفُرصة ذاتها كونها أو احتمالي وإنما يكون عن تفويت فُرصة إبرام العَقْد المنشود محل التَّفاوض باعتباره ضرراً مُحققاً أو مؤكداً وعلى

---

(1) المطالقة، محمد فواز، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، دار الثّقافة للنشر والتَّوزِيع ،عمان، 2011، ص48.

(2) العربي، بلحاج، مشكلات المرحلة السّابِقة على التّعاقُد، دِراسة مُقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،2011، ص121.

(3) دسوقي، محمد إبراهيم، الجوانب القانُونيّة في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، ص125.

هذا الأساس يجب التَّعويض عنه[1]، فالتَّعويض عن ضياع الفُرصة لا يبلغ حد التَّعويض عن المنفعة المتوقعة من العَقْد في حال تمامه وإنما يقف عند نِسبة منها تعينها درجة احتمال التَّعاقُد المصاحبة للمرحلة الَّتي وصلت إليها المُفاوضات، وذلك لأنَّ الضَّرر لا يتمثل في مجرد تفويت الفُرصة وليس عدم الإفادة منها، ونسبة التَّعويض تزيد أو تنقص أو تنعدم بحسب الأحوال فتنقص إذا اثبت أنَّ الفُرصة البديلة سهله ومتاحة دُون عقبات وتزيد إذا كانت الفُرصة البديلة صعبة المنال وتنعدم إذا اثبت أنَّ فُرصة إبرام عَقْد بديل مع الغير كانت منعدمة وطيلة مرحلة المُفاوضات[2].

ويتبين لنا أنَّ ضياع الفُرصة في أنَّ المعيار الَّذي يتم الرُّجوع اليه من أجل معرفة أنَّ الفُرصة قد ضاعت على المُتفاوض المتضرر أم لا هو درجة احتمال المُتعاقِد الَّتي وصلت إليها مرحلة المُفاوضات، وكذلك فإنَّ التَّعويض لا يُمكن تقديره إلَّا إذا وقفنا على النّسبة في كُل حالة على حِدا، فإذا اثبت المُتفاوض المتضرر إن كان هنالك فرصة بديلة مع الغير، وكانت هذه الفُرصة قوية في مرحلة المُفاوضات فإنَّهُ يتم التَّعويض عنها في حالة عدم انعقاد العَقْد وكانت هذه الفُرصة جدية وحقيقية لتحقيق كسب احتمالي.

ولاستحقاق هذا التَّعويض عن تفويت الفُرصة يجب أن يكون ضياع الفُرصة لأجل إبرام عَقْد مع الغير راجعاً لإخلال الدَّائن المُتفاوض، وأن يتسبب الدَّائن المُتفاوض بشكل جزئي أو كُلي في أحداث الإخلال، وعلى ما تقدم فإن أهم الأضرار الَّتي يتم التَّعويض عنها السَّالفة الذّكر، وهي نفقات التَّفاوض والوقت الضَّائع وتفويت الفُرصة في إبرام عَقْد آخر من حيث أنَّ هذه الحالة يجب على القاضي دراسة الدليل الَّذي يقوم على كُل حالة، وبيان نسبة كُل خسارة، فهي تزيد وتنقص حسب المرحلة الَّتي وصلت إليها عملية التَّفاوض وأن تكون هذه الأضرار حقيقية.

---

(1) السّنهُوري، عبدالرزاق، الوسيط في شَرْح القانُون المَدنيِّ، ص966.

(2) اللاة، رجب كريم، التّفاوض على العقد، دار النّهضة العربية، القاهرة، 2000، ص633.

## الخاتمة

لقد حاولت الدراسة أن تقدم بعضاً من النَّتائج التي خلصت إليها بعد هذا البحث في موضوعِ التّنظيم القانُونيّ للعُدول عن التَّعاقُد، وهي تتلخص فيما يلي:

**أولاً: النّتائج:**

1- يُشيرُ الواقع العلميّ إلى أنَّ المُتفاوضين يتوجهون في معرضِ المُوازنة بين إخضاع نشاطهم التَّفاوضي لعلاقةٍ عَقْديَّة، وبين تركه بعيداً عن الارتباطِ التَّبادلي إلى تفضيلِ الأمر الأوَّل، فالمُفاوضات قد تكُلفهم الكثير من المالِ والجهدِ والوقتِ؛ لِذَا يجبُ أنْ تخضع لنظامٍ يكفل لكُل طرف الحمايَّة القانُونيَّة.

2- ضرورة اهتمام طرفي المُفاوضات بصياغةِ المُستندات والأوراق المتبادلة بينهما هذا من ناحية، والإلمام بالقانُونِ الواجب التَّطبيق من ناحيةٍ أخرى .

3- الهدف من تحقيقِ الالتزامات المُترتِّبة على نطاقِ المُفاوضات التَّمهيديَّة للتعاقدِ يتمثل بحمايةِ مبدأ حُسن النِّية ليس في نطاقِ تنفيذ العَقْد فحسب، وإنَّما في نطاقِ تكوين العَقْد أيضاً، فمن شروط هذا المبدأ في تكوينِ العَقْد أن يلزم المُتعاقِدان في مرحلة المُفاوضات العَقْديَّة بعدم كتمان المعلومات الضَّروية.

4-تتأكد للمُفاوضات في وقتنا المُعاصر وظيفتها القانُونيَّة والاقتصاديَّة ،لا باعتبارها وسيلة لإبرامِ العَقْد فحسب، ولكن باعتبارها وسيلة للإبقاءِ والمحافظة عليه من التَّصدعِ فالمُفاوضات في هذه المرحلة السَّابِقة تستهدف الإعداد الجيد لإبرامِ العَقْد بحيث يستطيع كُل طرف أن يتبين حقيقة التَّعاقُد الَّذي يتفاوض بشأنِهُ فيقدم أو لا يقدم، أمَّا في المرحلةِ اللاحقة لإبرامِ العَقْد فإنَّ المُفاوضات تستهدفُ انقاذِه مِن التّصدعِ الَّذي لا يُمكن أنْ يلحقه بسببِ الظُّرُوف الصعبة الَّتي قد تطرأ أثناء التَّنفيذ.

5- تهدفُ ايضاً إلى تحقيقِ الالتزاماتِ المُترتِّبة على المُفاوضاتِ التَّمهيديّةِ للتعاقدِ حماية الرضا من عيوبِ الإرادة، وذلك بمنظور جديد يتمثل بمرحلةِ ما قبل التَّعاقُد اذ على كُل متعاقد أنْ يحرص على صدورِ رضا مستنير بالتَّعاقُد، إذْ إنَّ الدَّور الَّذي تؤدِّيه النّية في تحرُّكِها الإرادي يرتبط بالأخلاقِ ارتباطاً وثيقاً ومن المبادئِ العامَّةِ الَّتي فَرَضَها تغَلغُلِ الأخلاقِ في مجالِ الروابطِ القانُونيَّة مبدأ الغِشِ الَّذي

يُفسِد كُلَّ ما يقوم عليه، ولا يقتصر دور هذا المبدأ على مرحلةِ حياة العَقْد وتنفيذُ الالتزامات النّاشئة عنه، بل إنَّهُ يُهيمن على الفترةِ السَّابِقةِ على التَّعاقُدِ.

6- إنَّ إخلال العملية السَّابِقة على التَّعاقُد قد يُخطئ أحد الطَّرفين في قطع هذه العملية دُون مُبرر مقبول أو دُون سبب جدي بعد وصولها إلى مرحلة متقدمة من النّقاش في سبيلِ إبرامِ العَقْد المَنشُود، أو تعامل بالطريقةِ غير مألوفة لإبرامِ العَقْد، فهنا تتحقَّق مَسؤوليَّة الطَّرف المسؤول عن هذا الضَّرر لجبرِ الضَّرر اللاحق بالطرفِ الآخر، ولا بُدَّ لذلك من تحققِ العَلاقة السَّببيَّة مع الإخلالِ أو الفعلِ الضَّارِ مع الضَّرر حتى يتمّ التَّعويض على أساسِ المَسؤوليَّة العَقْديَّة أو التَّقصيريَّة.

7- لم نجد مَن أَخَذَ بنظرية المَسؤوليَّة التقصيريَّة ومن أنكر إمكان انعقاد المَسؤوليَّة العَقْديَّة أيضاً كُلما قام دليل على توافر علاقة عَقْديَّة بين الأطراف في المُفاوضات التَّمهيديَّة للتعاقد، وتتوافر هذه العَلاقة إذا ما وجد عَقْد ينظم عملية التَّفاوض أو التّلاقي للإيجاب مع القبول يستشف من ورقةٍ وقعت أو من اتِّفاقٍ تمَّ في المرحلةِ السَّابِقةِ على التَّعاقُدِ، ومن ثمَّ فإنَّ المَسؤوليَّة العَقْديَّة للمُتفاوض ستنعَقْد كُلما أمكن اثبات وجُود عَقْد محصلة تطابق الايجاب مع القبولِ بين الأطراف إمَّا لتنظيم عملية التَّفاوض أو لرصد النُّقاط الَّتي تمَّ حسمها بالفعلِ تفاوضياً.

8- إخلال أحد المُتفاوضين بالالتزامات المفروضة عليهم يَتَرتَّب عليها المَسؤوليَّة المدنيّة، كما أنَّ اختلاف الفقه في تحديدِ نوع المَسؤوليَّة الَّتي يجب أن تَقَعَ على المرحلة السَّابِقة على التَّعاقُد، فمنهم من قال أنَّ المَسؤوليَّة تقصيريَّة ومنهم من قال أنَّ المَسؤوليَّة عَقْديَّة، ونادى آخرون بأنَّ المَسؤوليَّة هي من نوع خاص تُناسب هذه المرحلة.

9- التَّعويض هو الجزاء الغالب لجبرِ الضَّرر الواقع على أحدِ الأطراف في المرحلةِ السَّابِقةِ على التَّعاقُدِ، وكذلك تناول الفقه والقضاء هذه المرحلة في الأحْكامِ القضائيَّة والآراء الفقهيَّة بشكل كبير وذلك نتيجة للقُصُورِ التَّشريعي .

10- القاعِدة الَّتي تقول أنَّ المُفاوضات غير ملزمة قانُونيَّاً لأطرافها غير صحيحة تماماً، وذلك يتباين بحسبِ نوع العَقْد المنوي إبرامُه، وبحسب ما يتفق عليه

الأطراف وما يلزمون انفسهم به والقول انَّ المُفاوضات لا تُعدُّ إلّا أعمالاً مادية ليس له أي آثار قانُونية هو قول غير دقيق .

11- إنَّ اشتراط العُرْبون ليس مخالفاً لمُقتضى العَقْد وان جرى على خلاف ذلك وهو لُزوم العَقْد، كما أنَّ العُرْبون يرد في جميع العُقود وليس حصراً في عَقْد البيع وعَقْد الايجار.

12- إنَّ القانُون المدنيّ الأُردنيّ لم ينُصّ صراحةً على مدةٍ محددة في المادَّة (107) فيستطيع خِلالها الأطراف ممارسة حق العُدُوْل عن العَقْد، بحيث يسقط خيار العُدُوْل إذا ما انقَضْت هذه المُدة، كما أنَّ خيار العُدُوْل المستفاد من دفع العُرْبون يسقط عند قيام المُتعاقِدين بتنفيذ العَقْد .

13-إذا تجاوز الضَّرر مقدار العُرْبون المتفق عليه فلا يَجُوز للمضرور المُطالبة بأكثرِ من هذه القيمة، ويختلف العُرْبون عن الشَّرطِ الجَزائيّ بأن العُرْبون يدفع مقدماً كتأمين بينما الشَّرط لا يُدفع إلا بعد وقوع الضَّرر.

**ثانياً: التَّوصيات:**

1-إنَّ القانُون المدنيّ الأُردنيّ قد خَلا من أي نصٍّ قانُوني لتنظيمِ عملية المُفاوضات، ولذلك وفي ظلِ هذا الوضع فإنَّهُ يتمُّ النَّظر إلى المُفاوضات على اعتبارِ انَّها مجرد أعمال مادية، ولذلك على المُشَرِّعِ الأُردنيّ أنْ يورد تنظيماً قانُونيَّاً لمرحلةِ المُفاوضات مع التّركيزِ على مبدأ حُسن النِّية؛ لانَّ الأخذ بحُسن نية قاعدة للسلوك وعلى أطراف التَّفاوض أن يراعوا هذا المبدأ عند التَّفاوض كمرحلة سابقة على التَّعاقُد، وعليه نقترح أنَّهُ على المُشَرِّع الأُردنيّ في نص المادَّة (202) أنَّ يضيفوا بنداً ثالثاً إلى نصِّ هذه المادَّة وهو أنَّ يلتزمَ المُتفاوضون بما يفرضه حُسن النِّية من التزاماتٍ سواء من ناحيةٍ ايجابية كالتَّعاونِ والإدلاءِ بالتَّفأصيلِ، ومن ناحيةٍ سلبيةٍ تتمثل في عدمِ الغِشِ والخداعِ أو التّضليلِ، وكُلا النَّاحيتين السَّلبيَّة والإيجابيَّة يخلقان أساساً قانُونيَّاً للمَسؤوليَّةِ وهو ضرورة استناد المُعاملات إلى الأمانةِ والأخلاقِ والثِّقةِ.

2- نُوصي بضرورة توحيد الطَّبيعة القانُونيَّة السَّابِقة على التَّعاقُد، ودراسة كُل حالة على حِده، بحيث تحكمها قواعد قانُونيَّة واحدة دُون تمييز بين صُورة وأخرى من صُور المراحل السَّابِقة على التَّعاقُدِ حتى لا يكون هناك إشكال.

3- إدخال المرحلة السَّابِقة على التَّعاقُدِ من مُفاوضاتٍ وغيرها ضمن العناصر التَّفصيليَّة التى ينعَقْد بها العَقْد إلى جانِب العناصر الجوهريَّة نظراً للوقتِ والجهدِ الَّذي يبذله الطَّرفان في هذه من جانِب واعتبارها مرحلة أساسيَّة يلجأ بها القاضي عند قيامه بتفسير العَقْد من جانِبٍ آخر .

4- اللجوء إلى رجالِ القانُونِ والخُبراءِ والمتخصصين لتنظيمِ المرحلة السَّابِقة على التَّعاقُدِ خاصة مع ايجاد أوراق ومستندات متبادلة في هذه المرحلة، وأن لا يتم الاحتكام إلى المُتفاوضين أنفسهم أو اشخاص غير متخصصين إلا باللجوءِ إلى الخبير.

5- المرونةُ في تحديدِ نوع الجزاء المترتِّب على أيْ إِخلال يقع من قبلِ الأطرافِ نتيجة تقصيرهم في التزاماتهم وتناسب نوعية هذا العَقْد وظروفه، وذلك بعد أن يتمّ تحديد واضح للمَسؤوليَّة الَّتي يجب إيقاعها على كُلِ حالة تحدث.

6-جواز مُطالبة الضَّرر بأكثر من التَّعويض في العُرْبون وذلك عن طريق تطبيق قواعد الشَّرط الجَزائيّ على العُرْبون من خِلال منح سلطة للمَحْكمة بزيادة أو تخْفِيض العُرْبون ليكون متناسباً مع الضَّرر ليصبح العُرْبون والشَّرط الجَزائيّ متفقان بأن كُلاهما تعويض عن ضرر ولا يستحق إلا من تضرر وبمقدار الضَّرر وبعد وقوع الضَّرر وإنَّهُ مبلغ تقديري للضرر.

## المراجع

**اولاً: المعاجم اللغوية.**


البستاني، بطرس (1987)، **المُحيط المُحيط**، مكتبة لبنان.

الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب (1371هـ)، **القاموس المُحيط**، مطبعة مُصطفى الحلبي، القاهرة.

**المعجم الوجيز** (1986)، مجمع اللغة العربية، الطّبعَة الثّانية، مِصر.

ابن منظور، **لسان العرب**، المجلد الأوَّل، دار الفكر.


**ثانياً: الكتب القانُونيَّة.**


ابو السعود، رمضان (2002)، **النَّظرية العامّة للالتزام**، دار المطبوعات الجامعيّة للنشر.

ابو سعد، محمد شتّا (2001)، **التَّعويض القضائيّ والشَّرط الجَزائيّ والفوائِد القانُونيَّة**، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الاسكندرية.

أبو شيخة، نادر احمد (2001)، **أصول التَّفاوض**، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الطّبعة الأوَّلى، عمان.

اسماعيل، سمر فايز (2009)، **العُرْبون في العُقود**، منشورات زين الحُقوقية، الطّبعة الأوَّلى.

الاهواني، حسام الدين كامل (1996)، **النَّظرية العامّة للالتزام أحْكام الالتزام**، الجزءالثّاني، مِصر، دار ابو المجد للطباعة.

الأودن، سمير عبد السميع (2005)، **خطابات النّوايا في مرحلة التَّفاوض على العَقْد**، منشأة المعارف، الإسكندرية.

البدراوي، عبدالمنعم (1992)، **النَّظرية العامّة في للالتزامات في القانُون المدنيّ الأُردنيّ**، الجزء الثّاني، **أحْكام التزام**، دار الثّقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطّبعة الأوَّلى.

بشار، محمود دودين، المحاسنة، محمد يحيى (2001)، **الإطار القانُونيّ للعَقْد المبرم عبر شبكة الانترنت**، دار الثّقافة للنشر والتوزيع، عمان.

الجبوري، ياسين (2002)، **المبسوط في شرح القانُون المدنيّ**، دار وائل للنشر والتوزيع.

الجمال ، محمد مُصطفى (2000)، **أحْكام التزام** ، الفتح للطباع والنّشر ، الإسكندرية.

حجازي عبدالحي، **النَّظرية العامّة للالتزام**، المطبعة العالمية.

حجازي، عبد الفتاح بيومي (2007)، **التّجارة الإلكترونية وحمايتها القانُونيَّة**، الكتاب الثَّاني، دار الكتب القانُونيَّة، مِصر.

حُسني، محمود نجيب، **قانُون العقوبات** (1981)، دار النّهضة العربية، القاهرة.

الحكيم، عبدالمجيد (1977)، **الموجز في شرح القانُون المدنيّ، أحْكام التزام**، بغداد، دار الحُرية للطباعة، الطّبعة الثَّالثة.

الحكيم، عبدالمجيد (1977)، **الموجز في شرح القانُون المدنيّ، مصادر التزام**، مطبعة النّديم، بغداد، طبعة الخامسة.

الحلاحشة، عبد الرحمن احمد جمعة (2006)، **الوجيز في شرع القانُون المدنيّ الأُردنيّ أحْكام التزام**، الطّبعة الأوَّلى، عمان الاردن، دار وائل للنشر.

درادكة، فؤاد صالح (1995)، **الشَّرط الجَزائيّ (التَّعويض الاتّفاقي) في القانُون المدنيّ الأُردنيّ دراسة مُقارنة**، مطابع دار الشعب، عمان.

دسوقي، محمد إبراهيم (1995)، **الجوانب القانُونيَّة في إدارة المُفاوضات وإبرام العُقود**، الإدارة العامّة للبحوث مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض.

الذّنون، حُسن علي، الرحو، محمد سعيد (2002)، **الوجيز في النَّظرية العامّة للالتزام، مصادر التزام**، الجزء الأوَّل، دار وائل للنشر والتوزيع.

الزرقا، مُصطفى احمد (1988)، **الفعل الضَّار والضّمان**، دار القلم للطباعة والنّشر، دمشق الطّبعة الأوَّلى.

زكي، صلاح الدين، **تكوين الروابط العَقْديَّة فيما بين الغائبين**، دار النّهضة العربية، القاهرة، الطّبعة الأوَّلى.

زكي، محمود جمال الدين (1978)، **مُشكُلات المَسؤوليَّة المدنيّة**، الجزء الأوَّل، القاهرة.

السرحان، عدنان ابراهيم، خاطر، نوري احمد (2002)، **شرح القانُون المدنيّ ، مصادر الحُقوق الشَّخصية، الالتزامات دراسة مُقارنة**، الطّبعة الأوَّلى، عمان، الدّار العلمية للنشر والتوزيع ودار الثّقافة للنشر والتوزيع.

سلامة، احمد عبد الكريم (2001)، **قانُون العَقْد الدولي**، دار النّهضة العربيّة، الطّبعة الأوَّلى.

سُلطان، انور (1983)، **الموجز في النَّظرية العامّة للالتزام**، دراسة مُقارنة في القانُونيّن المصري واللبناني، دار النّهضة للطباعة والنّشر، بيروت.

سُلطان، انور (1987)، **أحْكام التزام**، دار النّهضة للطباعة والنّشر.

سُلطان، انور (1987)، **مصادر التزام في القانُون المدنيّ**، الطّبعة الأوَّلى، منشورات الدّار الجامعيّة، عمان.

سمير، عبدالسيد، نبيل، ابراهيم (1992)، **النَّظرية العامّة للالتزام**، دار المعرفة الجامعيّة، الاسكندرية،.

السَّنهوري، عبدالرزاق، **الوسيط في شرح القانُون المدنيّ، نظرية الالتزام بوجه عام**، الجزء الأوَّل، بيروت، دار احياء التراث.

السَّنهوري، عبدالرزاق، **الوسيط في شرح القانُون المدنيّ، البيع والمقايضة**، الجزء الرابع، دار النّهضة العربية، القاهرة.

الصادق المهدي، محمد نزيه (1992)، **الالتزام قبل التَّعاقُدي بالإدلاء بالبيانات العَقْديَّة**، الطّبعة الأوَّلى، دار النّهضة العربية.

الصدة، عبدالمنعم فرج (1992)، **مصادر الالتزام**، دار النّهضة، القاهرة.

الصراف، عباس حسن(1975)، **شَرْح عقد البيع في القانُون المَدنيِّ الكويتي**، دار البحوث العلمية.

العامري، سعدُون (1981)، **تعويض الضَّرر في المَسؤوليَّة التقصيريَّة**، منشورات مركز البحوث القانُونيَّة.

عباد الباقي، عبد الفتاح (1984)، **موسوعة القانُون المدنيّ، نظرية العَقْد.**

عبد الباسط، جاسم محمد (2001)، **إبرام العَقْد عبر الانترنت**، الطّبعة الأوَّلى، منشورات الحلبي الحُقوقية.

عبد الباقي، عبدالفتاح (1984)، **موسوعة القانُون المدنيّ، نظرية العَقْد والإرادة المنفردة،** 1984.

عبد العال، محمد حسين (1998)، **التنظيم الاتِّفاقي للمُفاوضات العَقْديَّة،** دار النّهضة، القاهرة.

عبيدات، يوسف محمد (2005)، **مصادر الالتزام في القانُون المدنيّ، دراسة مُقارنة،** دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان.

العبيدي، علي هادي (2002)، **الحقوق العينيّة الاصلية والتبعية،** دراسة مُقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع.

العدوي، جلال علي (1994)، **مصادر التزام، دراسة مُقارنة في القانُونيّن المصري واللبناني،** الدّار الجامعيّة.

العربي، بلحاج (2011)، **مُشكُلات المرحلة السَّابِقة على التَّعاقُد، دراسة مُقارنة،** ديوان المطبوعات الجامعيّة، الجزائر.

عزيز، شيرزاد، **حُسن النّية في إبرام العُقود،** منشورات دار دجلة، الطّبعة الأوَّلى، الأردن.

العطار، عبدالنّاصر (1981)، **نظرية الاجل في الالتزام،** مطبعة السعادة، طبعة الأوَّلى.

العلني، عبدالله (1986)، **أحْكام الخيارات في الشريعة الاسلامية والقانُون المدنيّ.**

العلواني، فؤاد، الربيعي، عبد جمعه، **الأحْكام العامّة في التَّفاوض والتَّعاقُد،** بيت الحُكمة، الطّبعة الأوَّلى، بغداد.

العلواني، فُؤاد، الربيعي، عبد جمعه، **الإحكام العامّة في التّفاوض والتّعاقُد،** بيت الحكمة، الطَّبعة الاولى، بغداد.

فوده، عبدالحكيم (1992)، **الوعد والتمهيد للتعاقد والعُرْبون وعَقْد البيع الابتدائي،** دار الكتب القانُونيَّة.

قاسم، محمد حُسن، **مراحل التَّفاوض في عَقْد الميكنة المعلوماتية، دراسة مُقارنة،** دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.

اللاة، رجب كريم (2000)، **التَّفاوض على العَقْد،** دار النّهضة العربية، القاهرة.

اللصاصمة، عبدالعزيز (2002)، **المَسؤوليَّة المدنيّة التقصيريَّة(الفعل الضَّار)**،الدّار العلمية الدولية ودار الثّقافة للنشر والتوزيع.

لطفي ، محمود حسام (2009)، **المَسؤوليَّة المدنيّة في مراحل التَّفاوض**، دار النّهضة، الطّبعة الأوَّلى، القاهرة.

لطفي، محمد حسام (1995)، **المَسؤوليَّة المدنيّة في مرحلة التَّفاوض**، النّسر الذّهبي للطباعة، القاهرة.

محمد، حسين منصُور، **المَسؤوليَّة الإلكترونية**، منشأة المعارف، الإسكندرية .

مرقس، سليمان (1985)، **شرح القانُون المدنيّ، العُقود المسماه**، المجلد االثَّاني، الطّبعة الرابعة.

مرقس، سليمان (1992)، **الوافي في شرح القانُون المدنيّ، الفعل الضَّار والمَسؤوليَّة المدنيّة**، المجلد الأوَّل، الطّبعة الخامسة.

المطالقة، محمد فواز(2011)، **الوجيز في عقود التّجارة الإلكترونية**، دار الثّقافة للنشر والتوزيع، عمان.

منصُور، محمد حسين، **العُقود الدولية ماهية العَقْد الدولي وأنواعه وتطبيقاته**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية.

**الرسائل الجامعيّة:**

حداد، رومان منير (2000)، **حُسن النّية في تكوين العَقْد**، رسالة ماجستير، في القانُون الخاص جامعة آل البيت.

راضي، روان عبد المعطي سلامة (2010)، **الجوانب القانُونيَّة المُنظِّمة لمرحلة المُفاوضات العَقْديَّة**، رسالة ماجستير، الجامعة الأُردنيّة.

قصار الليل، عائشة (2006)، **الخطوات القانُونيَّة وإنشاء عَقْد عبر الانترنت**، رسالة ماجستير، الجامعة الأُردنيّة.

الجميلي، سليمان (1998)، **المُفاوضات العَقْديَّة دراسة مُقارنة**، رسالة ماجستير، كُلية الحُقوق، جامعة النّهرين.

**الأبحاث والمقالات:**

نصير، يزيد أنيس، **مرحلة ما قبل إبرام العَقْد** ، مجلة المنارة، جامعة آل البيت، العدد الثَّالث عشر.

محمود، يوسف علي (1998)، **مقدار مدة خيار الشَّرط في عَقْد البيع في الشريعة الاسلامية،** بحث منشور في مجلة دراسات الجامعة الأُردنيّة، مجلد 25، العدد الثَّاني.

إبراهيم عمران، **التزامات أطراف علاقات التّجارة الدولية في مرحلة المُفاوضات**، بحث منشور على الانترنت، www.Ibrahim omran.com.

الخفاجي، جعفر وحمدي، **ميثاق الالتزام بالسِّرية في مُفاوضات عقود نقل التكنولوجيا** ، مجلة المحقق الحلي العدد الثَّاني ، السنة السادسة .

نصير، يزيد أنيس (2010)، **مرحلة ما قبل إبرام العَقْد نظرية الخطأ أثناء التَّفاوض والقطع التعسفي للمُفاوضات،** دراسة مُقارنة، الجزء الاول، مجلة المنارة، جامعة آل البيت.

بارود، حمدي، **نحو إرساء تكييف قانُوني جديد لمُفاوضات العَقْد**، مجلة جامعة الازهر، المجلد 12، العدد الأول.

ابو زيد، محمد (2005)، **المُفاوضات في الإطار التَّعاقُدي**، مجلة العلوم القانُونيَّة والاقتصاديّة، جامعة عين شمس، مِصر، العدد الأوَّل سنة 47.

بارود، حمدي (2005) القيمة القانُونيَّة للاتِّفاقات الَّتي تتخلل مرحلة التَّفاوض قبل العَقْديَّة في مجال عقود التّجارة الدولية، مجلة الجامعة الاسلامية، المجلد الثَّالث عشر، العدد الثَّاني، يونيو.

خاطر، صبري حمد (1997)، **قطع المُفاوضات العَقْديَّة**، مجلة كُلية الحُقوق، جامعة النّهرين، المجلد الأوَّل، العدد الثَّالث.

صليحة،احمد (2014)، آثار المَسؤوليَّة النّاشئة عن إخلال التَّفاوض بالتزامه في التَّفاوضِ بحُسن نية، مجلة دفاتر السياسة والقانُون، العدد العاشر.

محمد، عمر سالم (2010)، **الطَّبيعة القانُونيَّة السَّابِقة على التَّعاقُد**، بحث منشور على مَوقِع الانترنت على مُنتدى المحامين العرب-www.mohamoon-montada.com.

**المجلات والدوريات:**

مجلة كُلية الحُقوق، جامعة النّهرين.

مجلة دفاتر السياسة والقانُون.

مجلة الجامعة الاسلامية.

مجلة العلوم القانُونيَّة والاقتصاديّة، جامعة عين شمس.

مجلة جامعة الازهر.

مجلة المنارة جامعة آل البيت.

مجلة المحقق الحلي.

مجلة دراسات الجامعة الأُردنيّة.

**المواقع الإلكترونية:**

مَوقِع قسطاس www.qistas.com

مَوقِع مُنتدى المحامين العرب www.mohamoon-montada.com

**القوانين والأنظمة:**

القانُون المدنيّ الأُردنيّ رقم 43 لسنة 1976.

قانُون البنك المركزيّ الأُردنيّ رقم 23 لسنة1971.

قانُون التّجارة الأُردنيّ رقم 12 لسنة 1966.

قانُون اصول المحاكمات الأُردنيّ رقم 24 لسنة1988.

قانُون العمل والضَّمان الاجتماعيّ رقم 8 لسنة 1996.

نظام المرابحة العُثمانيّ الصّادِر في 9 رجب سنة 1304،وفي 22مارس منه1303.